

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 30 – Numéro 2

Année : 1999-2000

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12369>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12369>

Page vide laissée intentionnellement.

ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE; APPORT DES ONG DANS LE CAS DU COMMERCE INTERNATIONAL DES ORGANISMES GÉNÉTIQUEMENT MODIFIÉS (OGM).....	233
Par Sylvestre-José-Tidiane MANGA	
INTEGRITY, DIGNITY AND THE ACT RESPECTING INDUSTRIAL ACCIDENTS AND OCCUPATIONAL DISEASES : CAN THE ACT PROVIDE MORE APPROPRIATE COMPENSATION» FOR SEXUAL HARASSMENT VICTIMS?	279
Par Laverne A. JACOBS	
LA DÉRIVE DE L'INDIVISION VERS LA SOCIÉTÉ : QUAND L'INDIVISION SE CONJUGUE AVEC LA SOCIÉTÉ.....	317
Par Charlaïne BOUCHARD Lucie LAFLAMME	
L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DES INFRACTIONS DE CONDUITE AVEC CAPACITÉ AFFAIBLIE : LA COUR SUPRÊME FAIT-ELLE FAUSSE ROUTE?	351
Par Simon ROY	
LA PREUVE HISTORIQUE DANS LE CADRE DES PROCÈS RELATIFS AU DROIT AUTOCHTONE ET AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ.....	377
Par Nelson-Martin DAWSON Éric TREMBLAY	
Commentaire	
MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE.....	407
Par Pierre PATENAUDE	
Chroniques : Notes bibliographiques	
LES OUTILS DU RAISONNEMENT ET DE LA RÉDACTION JURIDIQUES	419
Par René PÉPIN	
L'EXPERTISE EN IDENTIFICATION D'ÉCRITURES ET DE SIGNATURES.....	423
Par Pierre PATENAUDE	
DROIT CONSTITUTIONNEL. PRINCIPES	425
Par René PÉPIN	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE; Apport des ONG dans le cas du commerce international des organismes génétiquement modifiés (OGM)

Auteur(s) : Sylvestre-José-Tidiane MANGA

Revue : RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : 233-278

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12360>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12360>

Page vide laissée intentionnellement.

ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE; Apport des ONG dans le cas du commerce international des organismes génétiquement modifiés (OGM)

par Sylvestre-José-Tidiane MANGA *

Les approches préventive et prudentielle avec le concept de développement durable ont certainement contribué à l'émergence et à la consolidation du principe de précaution en droit international de l'environnement. Face à la faiblesse des connaissances scientifiques quant aux effets irréversibles de certaines activités économiques sur l'environnement et la santé, la Communauté internationale a jugé convenable, à partir d'un tel principe, de permettre aux États de prendre des mesures de précaution. Si l'environnement a été au fil des années le champ de prédilection du principe de précaution, la sécurité alimentaire désormais devrait être appréhendée comme un domaine où un tel principe devrait à l'avenir faire l'objet de consolidation. Les ONG ont joué un rôle déterminant dans l'adoption du principe au sein du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques. Un parallélisme avec les hésitations de l'industrie à l'égard du principe de précaution a permis de mieux mettre en exergue l'apport des ONG à cette émergence.

Preventive and prudential approaches along with the concept of sustainable development have certainly contributed to the emergence and strengthening of the precautionary principle in international environmental law. Gaps in scientific knowledge concerning the potentially irreversible negative effects of certain economic activities upon the environment and upon human health, have enabled the international community to encourage States to undertake precautionary measures for protecting their biological diversity and their populations. If, up to now, the environment has been the main area for applying the precautionary principle, security of alimentary sources becomes a primary field in which this principle must be strenthened. NGOs have played a primary role in promoting the adoption of the precautionary principle in Cartagena Protocol on Biosafety. In order to illustrate such a contribution, this paper parallels the contribution of NGOs and the hesitations of industry during negotiations of the Protocol.

*. Directeur, Institut Manga de Dominique pour la biodiversité et la biosécurité, C.P. 484, 800 Place Victoria, Tour de la Bourse, Montréal, Québec, Canada, H4Z 1J7. Courriel : institut_mangadedominique@moncourrier.com.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 237

I - ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT 238

- 1.1 - Généralités sur le principe de précaution en droit international de l'environnement 241
- 1.2 - Quelques premiers balbutiements du principe de précaution en droit international de l'environnement 245
- 1.3 - Le principe de précaution en droit du commerce international des OGM 248
 - 1.3.1 - Rio, les OGM et le principe de précaution 248
 - 1.3.2 - La CDB, les OGM et le principe de précaution .. 250
 - 1.3.3 - L'émergence du principe de précaution dans le recours aux OGM en agriculture et en matière de sécurité alimentaire 254
- 1.4 - Justification du principe de précaution en droit du commerce international des OGM 256

II - L'APPORT DES ONG À L'ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL DES OVGM; *Chronique d'un déterminisme à la cause du principe de précaution* 259

- 2.1 - La deuxième réunion du Groupe spécial de biosécurité des Parties à la CDB; *Les positions tranchées des ONG et de l'industrie* 261
- 2.2 - La troisième réunion du Groupe spécial de biosécurité; *ONG et industrie s'affrontent sur l'innocuité des OGM* .. 263
- 2.3 - La quatrième réunion du Groupe spécial; *ONG et industrie consolident leurs visions respectives du champ du protocole* 264
- 2.4 - La cinquième réunion du Groupe spécial; *La communauté internationale décide de régler la question du champ d'application du Protocole* 267

(2000) 30 R.D.U.S.	<i>Émergence du principe de précaution en droit international de l'environnement et de la sécurité alimentaire</i>	235
2.5 -	La sixième réunion du Groupe spécial; <i>La question du commerce des OGM fait échouer l'adoption du Protocole à Carthagène</i>	272
2.6 -	La Conférence de Seattle aurait pu permettre l'émergence du principe de précaution dans le recours des OGM dans l'agriculture et l'alimentation	276
2.7 -	La Suite de Carthagène à Montréal	277
CONCLUSION		277

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le principe de précaution est une norme en formation en droit international. Il s'agit d'un cadre qui, à son origine, invitait les États à édicter des normes pour protéger l'environnement contre les effets préjudiciables potentiels d'activités économiques à risques. Si le principe s'est consolidé à partir de ses fondements en droit international de l'environnement, il a fait récemment son entrée dans le domaine de la sécurité alimentaire.

En effet, le 28 janvier 2000, les États Parties à la Convention sur la diversité biologique (CDB) se sont accordés, à Montréal, autour d'un consensus, sous forme de protocole à ladite CDB relativement à la prévention des risques biotechnologiques. Ce Protocole (de carthagène) sur la prévention des risques biotechnologiques met de l'avant le principe de précaution comme base de normalisation dans le commerce international des organismes vivants génétiquement modifiés (OVGM).

L'adoption du principe de précaution comme première en matière de sécurité alimentaire dans le commerce international des produits agricoles n'est pas sans changer le visage du droit international. Nous ne sommes pas sans savoir que l'Accord sanitaire et phytosanitaire (Accord SPS) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) constitue le cadre d'édiction par excellence des normes dans ce domaine et ce, sur la base de la preuve scientifique absolue de la nocivité du produit comme mobile de prohibition.

L'adoption du principe de précaution au sein d'un tel instrument est certes l'oeuvre de négociations soutenues des délégués de plusieurs États Parties mais aussi d'organisations non gouvernementales (ONG) à vocation environnementale et sociale.

Dans cet article, nous comptons dans une première partie, traiter de l'émergence du principe de précaution en droit international de l'environnement, ce qui nous permettra dans une deuxième partie de traiter de l'apport des ONG à l'émergence d'un tel principe dans le cas particulier du commerce international des OGM notamment en matière de biodiversité, de biosécurité et de sécurité alimentaire.

I - ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

La problématique d'émergence du principe de précaution en droit international de l'environnement ne peut être abordée sans l'apport des démarches prudentielles et préventives préconisées par plusieurs instruments internationaux spécialisés sur la question. En effet, les États Parties aux premières conventions sectorielles consacrées à la préservation de certaines espèces animales menacées d'extinction ou de certains espaces ont exprimé leurs préoccupations quant à la prévention¹.

Déjà, le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne avait dessiné l'attachement de la Communauté au principe de prudence en matière d'environnement. Le paragraphe 1 de l'article 130R de cet instrument stipule :

L'action de la Communauté en matière d'environnement a pour objet :

- de préserver, de protéger et d'améliorer la qualité de l'environnement;
- de contribuer à la protection de la santé des personnes;
- d'assurer une utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles².

De même, le concept d'«équité intergénérationnelle» promu dans le principe 3 de Rio réfère, dans une perspective philosophique, à l'approche prudentielle. Celui-ci stipule en effet que «[l]e droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations futures».³

-
1. A. Pellet et P. Daillier, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1998 à la p. 1254, [ci-après *Droit international public*].
 2. Traité instituant la Communauté économique européenne, communauté européenne, 25 mars 1957, Rome, Traités instituant les Communautés européennes/Résolutions-Déclarations, 1987 à la p. 345, [ci-après Traité de Rome].
 3. Organisation des Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED); Action 21 : Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Déclaration de principes relatifs aux forêts*, Publications des Nations Unies,

Quant au principe de prévention, très tôt aussi, le paragraphe 2 de l'article 130R du Traité de Rome précisait l'action communautaire en matière d'environnement sous l'angle de l'action préventive :

l'action de la Communauté en matière d'environnement est fondée sur les principes de l'action préventive, de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté.⁴

D'ailleurs, aux termes du principe 21 de Stockholm et du principe 2 de Rio, le devoir de prévention incombe à tous les États. Le principe 2 de Rio ne stipule-t-il pas que :

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes de droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans d'autres zones ne relevant d'aucune juridiction nationale.⁵

De même, la *Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels* met de l'avant, à l'article 6, des dispositions invitant les Parties à prendre des mesures préventives appropriées pour prévenir les accidents industriels. En effet, à son paragraphe 1, l'article stipule : «[I]es Parties prennent des mesures appropriées pour prévenir les accidents industriels, y compris des mesures propres à inciter les exploitants à agir en vue de réduire le risque de tels accidents...»⁶

ISBN 92-1-200147-5, New-York, 1993 à la p. 3, [ci-après *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*].

4. Traité de Rome, *supra* note 2.

5. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *supra* note 3.

6. Organisation des Nations-Unies, *Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels*, Helsinki, ONU, E/ECE/1268, 1992 à la p. 5.

Dans l'article 2 consacré aux obligations générales, la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone* accorde une place importante à la prévention. Son premier paragraphe prévoit que :

Les Parties prennent des mesures appropriées conformément aux dispositions de la présente Convention et des protocoles en vigueur auxquels elles sont parties pour protéger la santé humaine et l'environnement contre les effets néfastes résultant ou susceptibles de résulter des activités humaines qui modifient ou sont susceptibles de modifier la couche d'ozone.⁷

À la cinquante-troisième session de la *Commission du droit international*, la Communauté internationale a confirmé son engagement à l'instauration d'un cadre de développement basé sur des mesures préventives. À cette occasion, celle-ci statuait sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Il s'agissait précisément de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁸. L'article 3 du rapport de ladite session stipule : «[l]es États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir des dommages transfrontières significatifs et pour en réduire le risque au minimum»⁹.

Certes, les démarches de prudence, de prévention et de précaution sont à l'origine, chacun en particulier, d'un principe avec ses propres nuances, bien que de telles nuances ne feront pas l'objet d'analyse sémantique ou étymologique.

Quoi qu'il en soit, la prudence et la prévention ont suffisamment contribué à l'émergence du principe de précaution au point où, «le principe de

7. Organisation des Nations Unies, *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, Vienne, Recueil des Traités, Vol. 1513, n°26145-26164, 1998 à la p. 341.

8. ONU, *Rapport de la CDI sur sa 53e session, A/53/10* aux pp.18 et s.

9. *Ibid.*

précaution est aussi appelé principe de prudence par certaines lois canadiennes notamment en environnement»¹⁰.

1.1 - Généralités sur le principe de précaution en droit international de l'environnement

Dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (LCPE)*, le docteur David VanderZwaag, de la faculté de droit de l'Université Dalhousie, assimile le principe de précaution à l'adage : «mieux vaut prévenir que guérir». Cet éminent juriste canadien définit la démarche de précaution en ces termes : «Si une activité risque de nuire à l'environnement ou à la santé des gens, des mesures de précaution s'imposent, même si l'on a pu établir scientifiquement la causalité»¹¹.

Par ailleurs, ce serait dans la législation allemande que le principe de précaution trouverait ses racines : *Vorsorgeprinzip*¹².

Aujourd'hui, plusieurs instruments internationaux ont recours à un tel principe pour justifier l'adoption de certaines dispositions de protection de l'environnement et de la santé. La Communauté internationale entend dorénavant, non seulement considérer le caractère souvent irréparable des dommages causés à l'environnement, mais aussi en prévenir la survenance¹³.

En dépit d'une telle émergence en droit international de l'environnement du principe de précaution, on n'a pas pu en élaborer une définition précise ni en établir un cadre rigoureux et contraignant à des fins de mise en oeuvre. Cette situation peut s'expliquer par la difficulté qu'éprouve la Communauté

-
10. Chambre des communes [sous la direction de Graham, B.], *Le Canada et l'avenir de l'Organisation mondiale du commerce : Pour un programme du millénaire qui sert l'intérêt public. Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international*, Chambre des communes du Canada, Ottawa, 1999 aux pp. 4-16. [ci-après *Le Canada et l'avenir de l'OMC*].
 11. D. VanderZwaag, *Examen de la LCPE : La LCPE et le principe de précaution, Document n°18 d'élaboration des enjeux*, Gouvernement du Canada, Ottawa, 1994 à la p.1, [ci-après *La LCPE et le principe de précaution*].
 12. *Ibid* à la p. 3.
 13. Droit international public, *supra* note 1 à la p. 1254.

internationale à déterminer un niveau de preuve scientifique acceptable comme justification à la poursuite d'une activité économique, sans nuire à l'environnement et à la santé.

Du point de vue conceptuel, le principe de précaution trouve ses fondements dans l'approche de développement durable¹⁴.

Nul doute, que le principe de précaution fait du droit international de l'environnement un droit d'anticipation à cause de la dimension temporelle qui lui est associé. Il faut dire qu'effectivement, dans cette perspective, la prévention en soi traduit un des aspects du concept de développement durable. Rappelons que ce dernier concept qui inspire dorénavant le droit international dans son ensemble, vise à concilier les exigences du développement à celles de la protection de l'environnement afin d'assurer un avenir meilleur aux futures générations¹⁵.

Du point de vue de la politique internationale, la fonction première du développement durable est de «réconcilier les points de vue des pays industrialisés, soucieux de l'avenir “écologique” de la planète que leur industrialisation n'a guère ménagée et des États du tiers-monde préoccupés par leur propre développement économique». Dans cette perspective, le développement durable traduit la reconnaissance de «*responsabilités communes mais différenciées*» des États en matière de la protection de l'écosystème mondial¹⁶.

Quoi qu'il en soit, dans sa formulation générale, le concept de développement durable faisait déjà une apparition timide dans les dispositions de la Déclaration de Stockholm notamment en ses principes 1,2,5,8 et 13¹⁷.

Toutefois, c'est au Sommet de la terre de Rio que la Communauté internationale a élaboré davantage ce concept en plus d'en préciser la portée. La

14. *Ibid.* à la p. 1254.

15. Droit international public, *supra* note 1.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

Déclaration de Rio aura été également une occasion pour les représentants des États de la Communauté internationale de confier la mise en oeuvre dudit concept à la Commission de développement. À son principe 4, la Déclaration de Rio précise que : «pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit constituer une partie intégrante du processus de développement et ne pas être considérée isolément»¹⁸.

Désormais, le processus de développement devait prendre en compte la protection de l'environnement non seulement comme une contrainte, mais aussi comme une composante. La Cour internationale de justice confirmera cette approche conciliatrice des exigences de développement avec celles de protection de l'environnement dans son jugement rendu sur l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Dans le paragraphe 140 de cette sentence, les juges arguaient que la nouvelle donne était de «concilier les exigences du développement et celles de la protection de l'environnement»?¹⁹

Le recours à de telles dispositions visait à confirmer l'attachement de la CIJ au principe de la prévoyance selon lequel le caractère souvent irréparable des dommages causés à l'environnement impose d'en prévenir la survenance²⁰.

L'article 3 de la *Résolution de Strasbourg du 4 septembre 1997*, relative à l'I.D.I. sur «[l']environnement», traite de l'impératif de vivre dans un environnement sain non seulement comme une exigence, mais comme un droit : «la réalisation effective du droit de vivre dans un environnement sain doit être intégrée dans les objectifs de développement durable»²¹.

L'OMC aussi a exprimé, dans le préambule de l'Accord constituant l'organisation, son adhésion au concept de développement durable. L'alinéa premier du préambule précisait en effet que les préoccupations de la libéralisation s'inséraient dans la mouvance générale de la conciliation du

18. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *supra* note 3 à la p. 3.

19. Cour internationale de justice, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Rôle général N°92, 25 septembre, 1997, par. 140.

20. Droit public international, *supra* note 3 à la p. 1254.

21. Résolution de Strasbourg de l'IDI sur «L'environnement», art. 3, 1997.

développement et de la protection de l'environnement. Les propos de l'organisation montrent sans équivoque les termes du défi à relever :

l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec [les] besoins et soucis respectifs [des Parties] à différents niveaux de développement économiques.²²

La perspective retenue par le biais du vocable «durable» donne au concept de développement durable, rappelons-le, une dimension temporelle comme le confirme la Cour internationale de justice (CIJ) dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relativement à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. La C.I.J a rappelé avec insistance que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir²³.

Dès lors, l'«équité intergénérationnelle» paraît une des composantes essentielles du concept de développement durable. Autrement dit, la satisfaction des besoins immédiats des générations présentes ne doit pas compromettre le bien-être des générations futures.

Désormais, sur la base de ce principe chaque État a le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de sa juridiction ou sous son contrôle ne causent pas de dommages qui puissent affecter la vie des générations présentes et futures.

L'exigence d'une exploitation rationnelle et équitable des ressources naturelles trouve son prolongement et sa consécration dans les principes de

22. OMC, *Accord constituant l'OMC*, préambule, alinéa premier, OMC, 1995.

23. Cour internationale de justice, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, Rec. 1996 aux pp. 241-242.

prévention et de précaution dont la mise en oeuvre est indispensable à la réalisation du développement²⁴.

1.2 - Quelques premiers balbutiements du principe de précaution en droit international de l'environnement

Au sommet de Rio, la Communauté internationale avait su mettre à profit, dans la perspective des connaissances scientifiques, ses expériences précédentes en matière de formulation et de mise en oeuvre des concepts de prudence, de prévision et de précaution. Cette dernière a retenu le principe de précaution, comme devant désormais sous-tendre toute conduite d'un État dans une situation de faiblesse des connaissances quant aux effets notamment à long terme d'activités économiques à risques. Le cadre normatif basé sur l'approche de précaution est formulé dans le Principe 15 de Rio dont les termes stipulent : «...l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement»²⁵. Si une telle formulation est claire dans sa logique fondée sur l'adoption du principe en soi en cas de faiblesse des connaissances, son application est teintée d'ambiguïté, certainement à cause du manque de clarté, voire l'absence de définition des mesures à prendre ou des seuils à adopter par les États dans de telles circonstances. Ledit principe 15 de Rio ne poursuit-il pas en termes vagues : «pour protéger l'environnement, *des* mesures de précaution doivent être *largement appliquées* par les États *selon leurs capacités*»²⁶.

Quoi qu'il en soit, il faut dire que la nécessité d'adopter des mesures dans le but d'anticiper, de prévenir et de combattre les causes de dégradation de l'environnement ainsi formulée a été formalisée à l'origine par la Déclaration «paneuropéenne» de Bergen adoptée le 15 mai 1990 par les États membres de la Commission économique et sociale pour l'Europe des Nations Unies.

Dans tous les cas, il est essentiel de noter que les instruments internationaux qui ont recours au principe en précisent de plus en plus la portée

24. Droit international public, *supra* note 1.

25. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *supra* note 3 à la p. 4.

26. *Ibid.* à la p. 4.

en fonction des interventions sectorielles selon les objectifs poursuivis par lesdites conventions²⁷.

Par exemple, à l'alinéa f du paragraphe 3 de l'article 4, la *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique* de 1991, allègue que chaque Partie devra s'efforcer pour implémenter des mesures préventives et adopter une approche de précaution dans ses activités de dissémination de substances susceptibles de causer des torts aux gens et à l'environnement. Cette disposition somme les Membres à ne libérer de telles substances que sur des preuves scientifiques²⁸.

Dans ses dispositions générales recueillies à son l'article 2, plus précisément au paragraphe 5.a, la *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux* met de l'avant le principe de précaution dans une perspective transfrontalière²⁹. En effet, ce paragraphe stipule :

Le principe de précaution, en vertu duquel elles [mesures visées aux paragraphes 1 et 2] ne diffèrent pas la mise en oeuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière d'autre part³⁰

27. Droit public international, *supra* note 1 à la p. 1255.

28. Organisation de l'unité africaine, *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique*, OUA, Bamako, Mali, 1991, <<http://www.rapide-pana.com/demo/oua/ba-oblig.htm>>; la version anglaise se lit comme suit : «Each Party shall strive to adopt and implement the preventive, precautionary approach to pollution problems which entails, inter-alia, preventing the release into the environment of substances which may cause harm to humans or the environment without waiting for scientific proof regarding such harm...»

29. Organisation des Nations-Unies, *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, ONU, E/ECE/1267, Helsinki, 1992 à la p. 3.

30. *Ibid.*

Quant à la *Convention de Sofia de 1994 sur la protection du Danube*, elle se prononce à l'article 2, paragraphe 4, en faveur de l'adoption du principe du Pollueur-payer et du principe de précaution comme fondements directeurs des mesures de protection du Danube et des eaux de son bassin hydrographique³¹.

La Communauté internationale a aussi exprimé son attachement au principe de précaution au paragraphe 3 de l'article 3 de la *Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques*. Cet instrument prend non seulement le soin de définir ce principe mais aussi de lui donner une portée spécifique sur la problématique des changements climatiques. Cette disposition est sans équivoque :

Il incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible. Pour atteindre ce but, il convient que ces politiques et mesures tiennent compte de la diversité des contextes socio-économiques, soient globales, s'étendent à toutes les sources et à tous les puits et réservoirs de gaz à effet de serre qu'il conviendra, comprennent des mesures d'adaptation et s'appliquent à tous les secteurs économiques. Les initiatives visant à faire face aux changements climatiques pourront faire l'objet d'une action concertée des Parties intéressées.³²

-
31. Danube River Protection Convention, *Convention on cooperation for protection and sustainable use of the Danube River*, Sofia, 1994, <<http://www.ksh.fgg.uni-lj.si/danube/environment/convention.>>; la version anglaise de cette disposition se lit comme suit : «The Polluter pays principle and the precautionary principle constitute a basis for all measures aiming at the protection of the Danube River and of the waters within its catchment area.»
32. Organisation des Nations Unies, *Convention-cadre des nations Unies sur les changements climatiques*, Ottawa, Gouvernement du Canada/Treaty Series 1994/7 Recueil des Traités, 1994 aux pp. 11-13.

Même si le principe de principe de précaution modifie graduellement et sectoriellement le visage du droit international de l'environnement, nous sommes encore loin de parler de pratique continue de la part des États des normes promulguées sous un tel principe. En fait, on ne peut pas encore parler véritablement de normes coutumières obligatoires pour les États³³. Toutefois le principe de précaution se traduit désormais par des obligations à la charge des États qui font l'objet de normes de plus en plus contraignantes³⁴.

1.3 - Le principe de précaution en droit du commerce international des OGM

Du sommet de Rio à la Suite de Carthagène tenue à Montréal, l'adoption du principe de précaution a connu un long processus de négociation entre les États.

En effet, dès le Sommet de Rio, la Communauté internationale avait exprimé en termes clairs la nécessité de l'adoption du principe de précaution dans la dissémination des OGM.

1.3.1 - Rio, les OGM et le principe de précaution

Au sommet de la terre de Rio, la Communauté internationale avait convenu de la nécessité d'encadrer les applications du génie génétique dans l'agriculture et l'alimentation en s'exprimant favorablement à la mise sur pied, à l'échelle internationale, de principes pour le suivi et la gestion de tous les aspects de la biotechnologie moderne. Le Sommet a consacré le chapitre 16 de l'Action 21 à cette question. Le chapitre est en effet relatif à la gestion écologiquement rationnelle de la biotechnologie.

En effet, après avoir reconnu la pertinence du caractère préventif de certaines législations nationales en matière de sécurité biologique, les États représentés à Rio ont quand même retenu comme impératif l'encadrement des

33. La LCPE et le principe de précaution, *supra* note 11.

34. Droit international public, *supra* note 1 à la p. 1255.

mouvements transfrontaliers des produits issus de la biotechnologie moderne. Il est apparu que seule l'application effective de principes capables d'assurer la biosécurité dans un climat de transparence saurait permettre à l'humanité entière de bénéficier adéquatement des bienfaits de la biotechnologie³⁵. De tels principes sont promulgués pour être appliqués par les États de manière progressive et selon une approche au cas par cas³⁶.

Par ces dispositions, la Communauté internationale s'engageait à poursuivre l'objectif de protéger l'environnement et la santé à l'égard des applications du génie génétique en tenant compte également des considérations éthiques³⁷.

Mais le sommet de Rio, c'est surtout la consécration du principe de précaution.

En effet, la Communauté internationale y avait défini le principe de précaution, rappelons-le, sur la base de la faiblesse des connaissances³⁸.

35. United Nations Conference on Environment and Development, *Agenda 21/Chapitre 16 : Environmentally sound management of biotechnology*, Switzerland, 1992; le texte final de la version anglaise adoptée en Plénière le 14 juin à Rio présente clairement démarche de précaution, au chapitre 16.32 : «There is a need for further development of internationally agreed principles on risk assessment and management of all aspects of biotechnology, which should build upon those developed at the national level. Only when adequate and transparent safety and border-control procedures are in place will the community at large be able to derive maximum benefit from, and be in much better position to accept the potential benefits and risks of, biotechnology.»

36. *Ibid.* «The logical progression is to start with a step-by-step and case-by-case approach, but also recognising that experience has shown that in many instances a more comprehensive approach should be used, based on the experiences of the first period, leading inter alia to streamlining and categorising; complementary consideration of risk assessment and risk management, and classification into contrained use or release to the environment.»

37. *Ibid.* «The aim of this programme area is to ensure safety in biotechnology development, application, exchange and transfer through international agreement on principles to be applied on risk assessment and management, with particular reference to health and environmental considerations, including the widest possible public participation and taking account of ethical considerations.»

38. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *supra* note 3 à la p. 4.

Ainsi, à Rio, les États ont consacré le principe de précaution en droit international de l'environnement et du développement. Cette détermination a servi de base aux démarches en vue de la mise sur pied de la Convention sur la sécurité biologique ainsi que du Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques.

1.3.2 - La CDB, les OGM et le principe de précaution

La nécessité d'encadrer, au nom du principe de précaution, les applications du génie génétique dans l'agriculture et l'alimentation est aujourd'hui un fait en droit international. Les États Parties à la Convention sur la diversité biologique ont confirmé ce fait en consignant au sein de ladite convention des dispositions spécifiques visant la mise sur pied d'un instrument international dont la vocation serait d'assurer les mouvements en toute sécurité des OGM.

Déjà au niveau national, la CDB invite les États Parties à favoriser la création de cadres législatifs sécuritaires pour maîtriser les risques liés aux activités de la biotechnologie. C'est au paragraphe g de l'article 8 de la CDB qu'il est stipulé que chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra :

met en place ou maintient des moyens pour réglementer, gérer ou maîtriser les risques associés à l'utilisation et à la libération d'organismes vivants et modifiés résultant de la biotechnologie qui risquent d'avoir sur l'environnement des impacts défavorables qui pourraient influencer sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine.³⁹

L'article 19 de la CDB traite de la gestion de la biotechnologie et de la répartition de ses avantages. Dans cet article, la Communauté internationale

39. Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Convention sur la diversité biologique; Texte et annexes*, Convention sur la sécurité biologique, Genève, UNEP/CDB/94/1 à la p. 8.

réaffirme la nécessité de disposer d'un instrument international pour assurer la sécurité biologique des mouvements transfrontaliers des OVG. Le paragraphe 3 de l'article stipule que :

Les Parties examinent s'il convient de prendre des mesures et d'en fixer les modalités, éventuellement sous forme d'un protocole, comprenant notamment un accord préalable donné en connaissance de cause définissant les procédures appropriées dans le domaine du transfert, de la manutention et de l'utilisation en toute sécurité de tout organisme vivant modifié résultant de la biotechnologie qui risquerait d'avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.⁴⁰

Les États membres de la CDB n'ont pas tardé à mettre en oeuvre leur projet de mise sur pied d'un tel protocole. En effet, dès sa première réunion, la Conférence des Parties de la CDB a tenu à informer la Commission du développement durable de son intention de prendre des mesures immédiates pour entreprendre des travaux portant sur la prévention de risques biologiques, en créant un groupe de travail *ad hoc* chargé d'examiner la nécessité d'établir un protocole à la Convention sur cette question et d'en définir les modalités⁴¹.

Au cours de cette première Conférence des Parties à la CDB, les États membres ont adopté également la Décision I/9. Dans cette décision, la Conférence des Parties, tenant compte de ce que les Parties sont toutes profondément soucieuses et désireuses d'assurer en toute sécurité le transfert, la manipulation et l'utilisation de tout organisme vivant modifié résultant de la biotechnologie, pour éviter des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, décide :

de mettre en place sans tarder un groupe spécial d'experts à composition non limitée désignés par les gouvernements qui

40. *Ibid.* à la p. 16.

41. Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*, Première réunion, UNEP/CBD/COP/1/17, Nassau, 1994; Conférence des Parties à sa première réunion; Décision I/8 : *Déclaration de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique à la Commission du développement durable à sa troisième session.*

examinera la nécessité et les modalités d'élaboration d'un protocole fixant des procédures appropriées, spécialement le consentement préalable en connaissance de cause, pour assurer le transfert, la manipulation et l'utilisation en toute sécurité de tout organisme vivant modifié résultant de la biotechnologie qui risquerait d'avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.⁴²

Cette décision s'insérait dans le cadre d'un programme de travail à moyen terme de la Conférence des Parties comme nous le confirmer en termes explicites, le paragraphe 5 de ladite décision :

le Groupe spécial d'experts à composition non limitée désignés par les gouvernements, examinera, selon qu'il conviendra, les connaissances, l'expérience et la législation existantes en matière de prévention des risques biotechnologique, notamment les vues des Parties et des organisations sous-régionales, régionales et internationales afin de présenter un rapport à la deuxième réunion de la Conférence des Parties pour que celle-ci l'examine et puisse prendre une décision en connaissance de cause sur la nécessité et les modalités d'un protocole.⁴³

La mise en oeuvre de cette disposition n'avait tardé, car dès sa deuxième réunion tenue à Jakarta entre les 6 et 17 novembre 1995, la Conférence des Parties de la CBD a adopté la décision II/5 par laquelle elle créait le Groupe d'experts chargés d'élaborer le protocole⁴⁴.

En vue de l'adoption de cette décision, la Conférence des Parties a considéré le potentiel de la biotechnologie d'améliorer le bien-être des humains lorsqu'on en fait un usage adéquat avec des mesures de biosécurité appropriées pour la protection de l'environnement et la santé humaine. Elle a également pris

42. Décision I/9 : *Programme de travail à moyen terme de la Conférence des Parties*, *ibid.*

43. *Ibid.*

44. United Nations Environmental Programme, *A Call To Action; Decisions and Ministerial Statement from the Second Meeting of Conference of the Parties to Convention on Biological Diversity*, Jakarta, Indonesia, 1995 à la p. 17.

en considération le fait que la période d'expérience de dissémination des OGM était relativement courte et tenu compte de ce que, par ailleurs, les espèces concernées étaient d'un nombre relativement restreint⁴⁵.

Par conséquent, l'analyse plus poussée des législations nationales et régionales existantes ainsi que des instruments légaux contraignants traitant de l'impact des OVGM sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique était un besoin manifeste. Bien que l'on note l'existence d'accords internationaux contenant des dispositions relatives aux effets préjudiciables potentiels d'OVGM sur la diversité biologique, la Conférence des Parties a tout de même constaté que malheureusement, aucun de ces instruments ne traitait spécifiquement des mouvements transfrontaliers des OVGM⁴⁶.

C'est à la lumière de toutes ces réalités que la Conférence des Parties a décidé, considérant le potentiel pour certains OVGM de causer des effets préjudiciables à l'environnement et à la santé humaine, de créer un Groupe d'experts à composition non limitée pour mettre sur pied le Protocole pour atténuer les risques biotechnologiques liés aux mouvements transfrontaliers des OVGM⁴⁷.

Le Groupe s'est mis à la tâche dès l'année suivante comme le résumait l'ancien Secrétaire exécutif de la CDB, monsieur Calestous Juma, alors qu'il traitait de la question de la Sécurité biologique dans la partie introductive du Programme d'action en faveur de la diversité biologique :

Les négociations portant sur la sécurité biologique, qui ont commencé en 1996, reflètent la préoccupation grandissante concernant les risques potentiels que posent les organismes vivants modifiés par la biotechnologie moderne. Il n'existe actuellement aucun accord international juridiquement contraignant traitant du cas où des organismes vivants modifiés traversent les frontières nationales, pour des raisons commerciales ou accidentelles, de plus, de nombreux pays en développement ne disposent pas de capacités techniques,

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

financières et institutionnelles permettant d'aborder le problème de la sécurité biologique.⁴⁸

1.3.3 - L'émergence du principe de précaution dans le recours aux OGM en agriculture et en matière de sécurité alimentaire

Au cours des nombreuses années de négociations pour le Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques, les délégués des États Parties à la CDB ont conduit d'après travaux préparatoires sous le concept directeur du principe de précaution. En effet, dès les déclarations préliminaires de la première réunion du Groupe, il a été rappelé que le mot d'ordre des négociations est le principe de précaution. Le paragraphe 32 du rapport de la première session du Groupe précisait en effet qu' : «Un certain nombre de représentants ont insisté sur le fait que le principe de précaution était un concept clé et un principe auquel il ne fallait jamais déroger»⁴⁹.

En dépit des difficultés dues à la différence des intérêts et des préoccupations entre les Parties productrices d'OGM et les Parties importatrices, un texte de compromis a été retenu. Celui-ci constituera le cadre à partir duquel les États Parties devront édicter des normes de biosécurité pour le commerce international des OGM. Il donne aussi le cadre dans lequel les non Parties devront commercer avec les Parties sous le principe de précaution.

En effet, le texte a consacré le principe de précaution dans le domaine de la gestion durable de la diversité biologique dans ce contexte précis du recours au génie génétique dans l'agriculture. C'est ainsi que déjà dans le préambule, les Parties réaffirment le principe 15 de la Déclaration de Rio sur

48. Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Programme d'action en faveur de la diversité biologique; Décisions de la troisième Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*; UNEP/CBD/97/1, Buenos Aires, Argentine, 1996.

49. Programme des Nations Unies pour l'environnement/Groupe de travail spécial à composition non limitée sur la prévention des risques biotechnologiques, *Première réunion; Déclarations préliminaires*, CDB, UNEP/CBD/BSWG/1/4, 1996, par. 32, [ci-après BSWG : 1ère réunion].

l'environnement et le développement⁵⁰. L'article 4 consacré à l'objectif du Protocole précise que :

Conformément au principe de précaution consacré par le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'objectif du présent Protocole est de contribuer à assurer un niveau adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine, en étant plus spécifiquement axé sur les mouvements transfrontières⁵¹.

La consécration du principe de précaution en soi a été notée dans les dispositions de l'alinéa 6 de l'article 10 traitant de la procédure de décision. Celui-ci stipule que :

L'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie, de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de l'organisme vivant modifié en question... pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels⁵².

La précédente disposition a été également reprise à l'article 11 du Protocole qui traite spécifiquement des OVGМ destinés à la consommation et à la transformation. En effet, le paragraphe 8 de l'article 11 stipule :

L'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant

50. Convention sur la diversité biologique, *Projet du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, UNEP, UNEP/CBD/ExCOP/1/L.5, 2000. [ci-après Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques].

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*

l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie, de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de l'organisme vivant modifié *s'il est destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé*, pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels.

Ainsi donc, l'article 11 précise et spécifie la pertinence des dispositions générales de l'article 10, relatives au principe de précaution, dans le contexte de la sécurité alimentaire.

L'avènement du principe de précaution dans le commerce international des OGM a été salué par plusieurs États ainsi que par plusieurs consommateurs et organisations non gouvernementales (ONG)⁵³.

1.4 - Justification du principe de précaution en droit du commerce international des OGM

Nul doute, l'adoption du principe de précaution tel que formulé au principe 15 de Rio et aux termes des articles 10 et 11 du Protocole est largement justifiée. Certainement, les connaissances des conséquences, notamment à long terme des OGM sur la diversité biologique et la santé, sont loin de prévenir efficacement les risques biotechnologiques.

Par exemple, on a longtemps considéré le scénario de pollution génétique comme alarmiste. Aujourd'hui, on a recensé plusieurs cas de transferts de résistances à des herbicides ou à des antibiotiques de plantes transgéniques à des espèces sauvages de la même famille dans les écosystèmes de dissémination.

53. H. Kempf, *OGM : Europe et pays du Sud imposent une réglementation internationale*, Le Monde, Paris, Éd. électronique du 31 jan., 2000, <<http://www.lemonde.fr/article/0,2320,40672,00.html>>.

Par exemple, un colza transgénique incorporant un transgène *bar* lui conférant une résistance à l'herbicide *glufasinate-ammonium* a transmis sa résistance à la ravenelle⁵⁴. La ravenelle est une espèce apparentée au colza. De telles expériences ont été conduites, en France, à l'Institut national de recherche agronomique (INRA) sous la direction du docteur Henri Darmency⁵⁵.

Le colza est également capable de croisements avec plusieurs espèces végétales de la même famille comme le chou, la roquette bâtarde, la moutarde noire et la moutarde des champs⁵⁶.

Une équipe de recherche au service du ministère des Sciences et Techniques de l'environnement du Danemark a également noté, en 1996, par pollinisation croisée, le transfert du transgène d'un colza transgénique au génome d'une navette sauvage nuisible apparentée : la *Brassica campestris*. Le docteur Thomas R. Mikkelsen assurait la direction de ces expériences dont la recombinaison génétique avait pour but de permettre à la variété transgénique du colza de résister aux herbicides⁵⁷. Cette recherche a même montré qu'après germination, les hybrides donnaient naissance, à leur tour, à des plants aussi nuisibles que ceux de la *Brassica campestris*. Bien plus, même à la deuxième génération, les plants ont conservé la résistance aux désherbants⁵⁸.

Enfin, une variété de maïs exploité avec de la bactérie *Bacillus thuringiensis* (Bt), en Allemagne, a contaminé le maïs ordinaire d'une parcelle voisine à des taux de pollinisation d'environ 5 % à la limite du champ, 0,2 % à 5 mètres et 0,1 % à 10 mètres⁵⁹. La recombinaison de l'ADN visait dans ce

54. Institut National de Recherche Agronomique (INRA), *Résultats obtenus à l'INRA : Communiqué de Presse du 30 octobre 1997*, Service de Presse et Relations publiques, Paris, 1997. <<http://www.inra.fr/PRESSE/COMMUNIQUEES/Comm3.htm>>, [ci-après INRA].

55. H. Darmency, «Possibilités de croisements entre cultures transgéniques et plantes sauvages», Paris, Édition Sang de la terre et Écoropa, 1997 à la p. 103 [ci-après Possibilités de croisements du colza].

56. *Ibid.*

57. T.R. Mikkelsen *et al.*, «The Risk of crop transgene spread», *Nature*, vol. 380 à la p. 31.

58. *Ibid.*

59. Greenpeace, *Le maïs transgénique contamine les champs de maïs voisins*, Hambourg/Paris, Greenpeace - Deutschland et Greenpeace-France, 1998, <<http://www.greenpeace.org/~france/campagnes/Cdp/ogm/0981012.html>> [ci-après Le maïs transgénique contamine].

dernier cas à incorporer deux gènes *Bt* dont le premier était destiné à l'éradication d'insectes nuisibles et le second à conférer une résistance à l'*ampicilline* qui est un antibiotique d'usage courant. Les analyses ont été faites par le *Freiburger Institut für Umweltchemie*.V. au moyen de méthodes de pointe notamment le Gene-Scan⁶⁰ et le PCR⁶¹.

Pour ce qui est de la faiblesse des connaissances des effets des OGM sur la santé, le *New England Journal of Medicine* rapportait dès 1996 que des consommateurs allergiques à la noix du Brésil ont été malades à la suite de la consommation d'une variété de soja transgénique qui incorporait un gène issu de la noix du Brésil⁶².

De même, la résistance à l'ampicilline du maïs transgénique résistant à la pyrale pourrait, selon des spécialistes français de l'INRA, être transmise à l'homme⁶³. Il s'agit, rappelons-le, d'un antibiotique d'usage courant. La possibilité d'un tel transfert a été confirmée en Allemagne où un cas a été signalé par l'*Ökoinstitut de Fribourg-en-Brisgau* qui affirme par ailleurs qu'il est à craindre que de tels transferts conduisent à une situation où les antibiotiques ne pourraient plus contrôler les germes à l'origine de certaines maladies dangereuses⁶⁴.

Enfin, dans son édition du 16 octobre 1999, *The Lancet*, le réputé hebdomadaire médical britannique, a publié des travaux du professeur Pusztai et de ses collaborateurs de l'Université d'Aberdeen, rapportant que la consommation de pommes de terre génétiquement modifiées par des animaux

60. Il s'agit d'une méthode de détection de transgène, par le procédé de scanner.

61. Le PCR (Polymerase Chain Reaction) est une technique de détection d'OGM ou de transgènes par l'amplification de la séquence d'ADN.

62. M. Nestle, «Allergies to Transgenic Foods : Questions of Policy», *New England Journal of Medicine*, 1996 à la p. 726.

63. G. Pascal, *Les OGM à l'INRA : Comment évaluer la sécurité des aliments issus de plantes transgéniques?*, INRA-Paris, <<http://www.inra.fr/ACTUALITES/DOSSIERS/OGM/pascal.htm>>.

64. Greenpeace, *Une étude mandatée par Greenpeace confirme que le maïs transgénique joue un jeu dangereux pour notre santé*, Hambourg/Paris, le 18 mars, 1998, <<http://www.greenpeace.org/~france/campagnes/Cdp/ogm/980318.html>>.

de laboratoire pourrait avoir des effets pathologiques sur certains tissus du tube digestif⁶⁵. La modification génétique porte sur la greffe d'un gène du perce-neige pour diriger la synthèse d'une protéine insecticide⁶⁶. Même le *British Medical Journal*, dans son numéro 7190 paru le 17 avril 1999, a publié les travaux d'un allergiste lesquels travaux citent explicitement les travaux de Pusztai et de ses collaborateurs dans une étude générale sur l'allergénicité⁶⁷.

II - L'APPORT DES ONG À L'ÉMERGENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL DES OVG *M; Chronique d'un déterminisme à la cause du principe de précaution*

S'il y a un nouveau sujet de droit international dont l'émergence est aujourd'hui remarquée c'est bien l'ONG. Bien que ce vocable regroupe plusieurs types d'organisations différentes par leur vocation et leur envergure, nous traiterons ici du cas des ONG environnementales à vocation sociale, humanitaire et généralement sans but lucratif.

Il faut dire qu'à plusieurs égards, la vocation régulatrice des ONG s'oppose au déterminisme qui caractérise le concept de maximisation du profit qui a toujours caractérisé la logique du productivisme industriel.

Il n'est donc pas surprenant que la lutte menée par les ONG en faveur de l'adoption du principe de précaution dans le Protocole ait été une lutte contre l'industrie qui militait pour une libre dissémination des OVG, au même titre que les autres produits agricoles ordinaires.

Il faut dire que dans l'ensemble, l'adoption du principe de précaution a été un compromis, car si l'industrie a dû, au cours des négociations, céder sur l'idée de la libéralisation totale des mouvements transfrontaliers des OVG, les

65. S.W.B. Ewen et A. Pusztai, «Effect of diets containing genetically modified potatoes expressing *Glycine max* lectin on rat small intestine», *The Lancet*, London, vol. 354, N° 9187, 1999 à la p. 1353.

66. *Ibid.*

67. D. L. J. Freed, «Do dietary lectins cause disease?», *British Medical Journal*, London, vol. 318, N° 7190, 1999 aux pp. 1023-1024.

ONG quant à elles ont dû céder sur l'idée d'un Protocole couvrant les produits dérivés des OGM. En effet, pour l'industrie, l'un des enjeux principaux des négociations était de subordonner le Protocole à l'OMC en vue de la libéralisation sans condition du commerce international de tous les produits agricoles à base d'OGM. Pour cela la stratégie de celle-ci visait à restreindre au maximum le champ d'application du Protocole et à lever toute mesure perçue comme potentiellement capable de constituer une contrainte au commerce international ou une restriction déguisée. Par contre, les ONG défendaient un texte contraignant. Pour cela, le champ d'application idéal serait celui qui couvrirait l'ensemble des produits à base d'OGM vivants ou non et les produits dérivés.

Certes, il y a plusieurs manières d'analyser l'apport des ONG à l'adoption du principe de précaution dans le Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques.

Par exemple, on sait que les ONG ont contribué à la détermination des positions et agendas de négociations de plusieurs États au niveau interne, notamment sur la base de consultations de toutes sortes. Il est également vrai que plusieurs délégations comprennent des représentants du milieu des ONG.

De même, le statut d'observateur, accordé aux représentants des ONG qui ont participé aux négociations du Protocole, a permis à plusieurs spécialistes de telles organisations de travailler étroitement avec les délégués des États adeptes du principe de précaution.

Mais surtout, lors des plénières des réunions de négociation du Groupe de travail sur la biosécurité, les ONG avaient le droit à la parole. C'est l'analyse des déclarations des ONG dans ce dernier contexte que nous avons retenu pour mettre en lumière leur apport à l'émergence du principe de précaution dans le commerce international des OGM et dans la sécurité alimentaire.

Cette étude sectorielle de l'émergence du principe de précaution dans le Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques n'atténue en rien la primauté de l'oeuvre des États via leurs délégués en tant que sujets traditionnels de droit international.

Bien mieux, la manière d'analyser l'apport des ONG à l'émergence du principe de précaution que nous avons retenu consistera à confronter, autant que faire se peut, les déclarations des ONG avec celles des industries lors des plénières. Nous avons pensé qu'en adoptant une telle approche, nous saurions mettre plus en exergue l'apport des ONG à cette émergence.

Enfin, le souci de maintenir la dynamique de ce processus d'émergence nous a conduit à adopter une analyse chronologique des faits saillants, des événements majeurs et des circonstances qui ont conduit à cette émergence. Rappelons dans une telle perspective que l'un des points saillants de la première réunion du Groupe de biosécurité a été le rappel du principe de précaution comme principe directeur des négociations⁶⁸.

2.1 - La deuxième réunion du Groupe spécial de biosécurité des Parties à la CDB; *Les positions tranchées des ONG et de l'industrie*

La question environnementale était au coeur des préoccupations de la Communauté internationale lors de la première réunion du Groupe de biosécurité. Quant à la deuxième, elle avait vu surgir les enjeux du commerce international des OGM.

En effet, un certain nombre de représentants avaient souligné que le Protocole ne devrait pas aller à l'encontre des accords de l'OMC ni être un obstacle à l'accès et au transfert des biotechnologies⁶⁹. Il avait été souligné également que les mesures commerciales qui seraient prises devraient être transparentes, non-discriminatoires et pas trop restrictives d'un point de vue commercial⁷⁰.

L'inévitable tournant commercial qu'avait pris le cours des débats a certainement été à l'origine de la déclaration conjointe de coalition des ONG,

68. Voir note 49.

69. Programme des Nations Unies pour l'environnement/Groupe de travail spécial à composition non limitée sur la prévention des risques biotechnologiques, *Deuxième réunion; Déclarations générales*, CDB, UNEP/CBD/BSWG/2/6, 1996, par. 17, [ci-après BSWG : 2^e réunion].

70. *Ibid.*

qui a fait entendre sa voix par le représentant de *Third World Network*. Dans sa déclaration, la représentante des ONG avait demandé aux Parties d'inclure dans le Protocole des éléments qui traitaient efficacement des points suivants : principe de précaution, considérations éthiques et sociales et risques pour la santé humaine, participation du public, stricte responsabilité et situation d'urgence. Pour clore, les ONG avaient demandé l'élaboration d'un moratoire pour suspendre partout dans le monde, la libération d'organismes génétiquement modifiés jusqu'à la conclusion d'un protocole juridiquement contraignant⁷¹.

L'industrie de la biotechnologie, quant à elle, a fait entendre sa position par le représentant de la *Green Industry Biotechnology Platform*, parlant notamment au nom de l'Association internationale des sélectionneurs (ASSINEL). Ces deux organisations considéraient que le champ d'application du Protocole devrait être limité à ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention⁷². Elles avaient défendu le point de vue que le Protocole devrait s'appliquer seulement aux organismes vivants modifiés par l'utilisation de la recombinaison de l'ADN et capables de se multiplier dans l'environnement. Le représentant de la *Green Industry Biotechnology Platform* a aussi souligné que les produits d'organismes vivants modifiés ne devraient pas être inclus dans le protocole et que par conséquent, ledit protocole devrait également prévoir une clause de dérogation fondée sur les caractéristiques des produits.

L'opposition affichée des deux visions sur la portée qu'il convient de donner au champ d'application du protocole sur la biosécurité n'est pas une caractéristique propre à la deuxième réunion du Groupe spécial de biosécurité. Le débat s'est poursuivi au cours des autres réunions du Groupe spécial.

2.2 - La troisième réunion du Groupe spécial de biosécurité; ONG et industrie s'affrontent sur l'innocuité des OGM

Lors de la troisième réunion du Groupe de biosécurité, le collège des ONG a habilement dévié le débat du champ d'application du protocole vers la

71. *Ibid.* par. 20.

72. *Ibid.* au par. 21.

question du pouvoir des OVGМ et de leurs produits dérivés de causer des effets préjudiciables à l'environnement et à la maladie. Ce faisant, les ONG rappelaient et consolidaient leur position qui défend la mise sur pied d'un protocole dont le champ d'application engloberait l'ensemble des activités du génie génétique dans l'agriculture et l'alimentation, c'est-à-dire les OVGМ et leurs produits.

En effet, en cette troisième du Groupe, la représentante du *Third World Network*, qui prenait la parole au nom des ONG, a exprimé l'avis selon lequel il existait des preuves scientifiques concernant les graves dangers découlant des pratiques de génie génétique en vigueur⁷³. Celle-ci soutenait que les ONG⁷⁴, dont elle était la porte-parole, étaient particulièrement préoccupées par le danger que représentait le transfert horizontal de gènes et leur recombinaison qui se traduisaient par l'apparition d'organismes vivants résistants aux antibiotiques et leur propagation⁷⁵.

Par ailleurs, celle-ci a regretté que les réglementations en vigueur étaient particulièrement inadaptées et ne reposaient sur aucune connaissance scientifique, faisant état de plusieurs abus et indiquant qu'on avait en fait donné carte blanche à l'industrie alors que les organismes chargés de la réglementation utilisaient les fonds publics pour apaiser les craintes légitimes du grand public et l'amadouer⁷⁶.

L'industrie a contré cette déclaration en la personne du représentant de la *Biotechnology Industry Organization (BIO)*. Ce dernier a contrecarré l'assertion selon laquelle le transfert horizontal de gènes provenant d'organismes vivants modifiés avait eu des conséquences sanitaires néfastes. Il a allégué que si au

73. Programme des Nations Unies pour l'environnement/Groupe de travail spécial à composition non limitée sur la prévention des risques biotechnologiques, *Troisième réunion; Questions diverses*, CDB, UNEP/CBD/BSWG/3/6, 1997, par. 109, [ci-après BSWG : 3^e réunion].

74. Les ONG présentes étaient : Third World Network, Concil For Responsible Genetics, Californian Biotechnology Action Council, Ecoropa, Diverse Women for University, Edmonds Institute, Friends of the Earth International, German Working Group on Biosafety, Greenpeace International, National Biosafety Council (États-Unis), Washington Biodiversity Action Council et Women's Environmental Network.

75. BSWG : 3^e réunion, *supra* note 73.

76. *Ibid.*

cours des dernières années des rapports scientifiques avaient paru, aucun d'entre eux ne corroborait les assertions que l'on venait d'entendre⁷⁷.

Le porte-parole de la *Green Industry Biotechnology Platform (GIBIP)* et de la *International Association of Plant Breeders (ASSINSEL)*, a indiqué que les premières initiatives du Groupe de travail à sa première réunion, avaient permis d'espérer que les représentants de l'industrie soient en mesure de prendre part à ses travaux. Selon le porte-parole, une telle éventualité était louable étant donné que les questions à l'étude intéressaient des produits commercialisés par l'industrie elle-même et que celle-ci, par ailleurs, disposait de connaissances spécialisées précieuses notamment sur les facteurs reliés à l'évaluation et à la gestion des risques. Par conséquent, l'implication de l'industrie aux travaux qui semblait être envisagée au début des activités du Groupe spécial était une bonne initiative⁷⁸.

2.3 - La quatrième réunion du Groupe spécial; ONG et industrie consolident leurs visions respectives du champ du protocole

La caractéristique principale de la quatrième réunion est sans aucun doute la consolidation des différentes visions sur la portée du champ d'application du Protocole.

Les ONG ont rappelé dans leur déclaration le caractère inséparable des OVGM de leurs produits notamment en abordant les questions relatives à l'indemnisation, aux risques biotechnologiques et à l'adoption du principe de précaution appuyé par un moratoire mondial.

C'est ainsi que la représentante de *Third World Network*, prenant la parole au nom des 18 associations de particuliers et groupes d'intérêts public, et parlant du régime de responsabilité prévu dans le Protocole, a souligné qu'il fallait de toute urgence aborder la question des dangers potentiels que

77. *Ibid.* au par. 110.

78. *Ibid.* au par. 111.

représentent – les organismes vivants modifiés et leurs produits – pour la santé, l'environnement et la diversité biologique⁷⁹.

Abordant la question du principe de prudence elle s'appuie sur l'expérience de certaines Parties en matière de législations pour alléguer que les dernières connaissances scientifiques avaient interdit un certain nombre d'organismes vivants modifiés et leurs produits, ou reporté l'octroi de licences. Elle a demandé instamment à ce que soit appliqué le principe de précaution et lancé un nouvel appel pour la conclusion d'un moratoire mondial sur les libérations d'organismes vivants modifiés et de leurs produits à des fins commerciales⁸⁰.

Du côté de l'industrie, la représentante de *Europabio*, a pris la parole au nom des associations industrielles et commerciales et de groupes d'intérêts commerciaux et autres domaines connexes ayant rapport avec les OVGM. Celle-ci a noté que la biotechnologie avait permis d'améliorer la productivité agricole, non seulement dans les pays industrialisés mais également dans les pays en développement, à la fois pour la production de substance et la production commerciale destinée à l'exportation⁸¹. Elle a rappelé que la biotechnologie était également utile pour la conservation de la diversité biologique et de l'utilisation durable des ressources⁸².

Elle poursuit que le Protocole doit ignorer les questions relatives à l'indemnisation et aux considérations socio-économiques afin d'être pratique et applicable par tous ceux qui sont impliqués dans sa concrétisation. En effet, selon cette dernière, pour être efficace, le Protocole devrait être suffisamment souple pour s'adapter et évoluer avec les nouvelles découvertes techniques⁸³.

79. Programme des Nations Unies pour l'environnement/Groupe de travail spécial à composition non limitée sur la prévention des risques biotechnologiques, *Quatrième réunion; Questions diverses*, CDB, UNEP/CBD/BSWG/4/4, 1998, par. 47, [ci-après BSWG : 4^e réunion].

80. *Ibid.*

81. *Ibid.* par. 48.

82. *Ibid.*

83. *Ibid.*

Enfin, elle concluait en mentionnant que «le milieu industriel international appuyait l'idée d'un protocole qui n'imposerait pas de restrictions inutiles sur le commerce international, le développement de nouveaux produits ou la capacité des États à attirer des investissements pour la recherche et développement»⁸⁴.

Dans sa déclaration, la représentante de *Third World* avait présenté l'interprétation des ONG sur les difficultés du processus de négociations, en termes de conflit entre le principe de prévention des risques biotechnologiques et les retombées économiques des applications du génie génétique. De l'avis des ONG, dont elle était la porte-parole, les débats avaient permis d'identifier les lacunes existantes dans la législation internationale relativement à la prévention des risques biotechnologiques. Elle a poursuivi en estimant que le Groupe de travail devrait continuer de s'acquitter des tâches que lui avait confiées la Conférence des Parties à Djakarta. Selon elle, les questions liées à la prévention des risques biotechnologiques n'étaient pas aussi complexes qu'on voulait bien le dire et le problème n'était pas le manque de compétences juridiques et techniques. Il était évident, précisait-elle que le conflit entre la prévention des risques biotechnologiques susceptibles de menacer la santé et la conservation de la diversité biologique d'un côté, et les intérêts commerciaux et économiques de l'autre, étaient la source de la discorde⁸⁵.

Ainsi, au cours de cette réunion, les pays en développement appuyés par les ONG ont tenté de faire passer comme consensuelle l'extension du champ d'application du Protocole aux produits dérivés d'OVGM. La Communauté internationale a dû surpasser le désintéressement apparent de l'industrie pour poser en termes clairs l'impératif du champ d'application.

84. *Ibid.*

85. *Ibid.* par. 47.

2.4 - La cinquième réunion du Groupe spécial; *La communauté internationale décide de régler la question du champ d'application du Protocole*

Le débat sur le champ d'application a resurgi avec vigueur à la cinquième réunion. Le Sous-groupe de travail I a été saisi sur la question des catégories d'OGM à devoir être considérées.

Pour aider à ses activités de normalisation, le Sous-groupe de travail I a demandé au Groupe de contact I composé de scientifiques de lui fournir les définitions d'OVGM et des produits dérivés d'OGM ainsi que celles des autres termes pertinents. Ce fut une tâche peu aisée notamment quand il a été question de classification des produits dits «dérivés d'OGM». Certains de ces aliments comprennent des parties d'OGM sous une forme vivante, alors que d'autres en contiennent des fragments inanimés ou morts. Enfin une autre catégorie regroupe de simples produits de gènes tels que des enzymes, des protéines, des matières dans les membranes cellulaires, des hormones et des toxines. On peut citer en exemple le gène Bt et la protéine qu'il exprime.

Dans le document UNEP/CBD/BSWG/5/Inf.3, le Secrétariat de la CDB a pu, sur interprétation de l'article 19(3) de la Convention, classer les produits dérivés en trois catégories que voici :

- 1) les produits qui sont ou qui contiennent des organismes modifiés vivants;
- 2) les produits inanimés qui font partie de ou qui peuvent être produits par l'activité biologique des organismes modifiés vivants; par exemple la protéine de soja, la farine, les produits pharmaceutiques; et
- 3) les produits de la cellule qui sont générés ou qui ont été introduits dans un organisme modifié vivant *in situ* et qui normalement feraient partie de l'OVGM ou apparaîtraient comme résidus à la mort de l'organisme modifié vivant.⁸⁶

86. CDB/Groupe de travail spécial à composition non-limitée sur la prévention des risques biotechnologiques, *Produits dérivés; Feuille de renseignements préparé par le Secrétaire exécutif*, Cinquième réunion, Montréal, UNEP/CBD/BSWG/5/Inf.3., 13 août 1998 à la p. 1.

Le Groupe de biosécurité a repris ses travaux, à sa cinquième réunion, sur la base de cette classification. Au coeur des travaux, plus exactement le 24 août 1998, le Groupe de contact I, a soumis au Sous-groupe de travail I, les résultats de ses négociations qui avaient porté, comme demandé, sur la question de savoir lesquels des produits dérivés d'OVGM devraient être couverts par le Protocole.

Certaines délégations, notamment des pays producteurs d'OGM, étaient d'avis que seuls les produits contenant des fragments d'OGM vivants seraient considérés dans le Protocole. Plusieurs autres, généralement des pays en développement, défendaient le point de vue selon lequel, la faiblesse des connaissances et des moyens d'évaluation des risques, justifiaient largement la couverture des produits dérivés par le champ d'application du Protocole. C'était le point de vue des ONG (dont d'éminents spécialistes font partie) qui ont tenu parallèlement des conférences sur la possibilité que des produits de gènes d'OGM morts, tels que les protéines ou les enzymes puissent être repris par les bactéries de la flore intestinale ou par des organismes vivants de l'écosystème. Dans de tels scénarios certaines catégories d'OGM dont la tendance était à l'exclusion du champ d'application, pourraient avoir des effets défavorables pour la santé, l'environnement et la diversité biologique. Quoi qu'il en soit, le Groupe de contact I a conclu ses travaux sur la question dont la version anglaise se lit comme suit :

As requested by the Plenary, CG1⁸⁷ discussed the working definition of LMO⁸⁸ and the issue of «products thereof», and identified which types of transboundary movements (TMs)⁸⁹ are to be covered by the protocol (i.e. the «overall scope» of the protocol). It was acknowledged that SWG1 addresses the question of which TMs would be covered by which procedures.

87. CG1 = Contact Group 1 ou groupe de contact 1; les travaux ont été répartis en quatre groupes dont deux groupes dits de travail 1 et 2 (SWG1 et SWG2) et deux groupes de contact. Le groupe de contact 1 est chargé des définitions (groupe des scientifiques) et le groupe de contact 2 est chargé des affaires légales.

88. LMO = Living modified organism = OVGM.

89. TMs = Transboundary movements = mouvements transfrontaliers.

With regard to transboundary movements of LMOs, CG1 discussed four possible categories :

1. Intentional TM of LMOs⁹⁰,
2. Unintentional TM of LMOs.
3. Intentional TM of processed products from LMOs (e.g. flour, maize-gluten) containing dead modified organisms and/or non-living components of LMOs such as DNA fragments (e.g. plasmids) or gene products (i.e. proteins)
4. Intentional TM of purified products from LMOs (e.g. insulin, enzymes, oil).

With respect to these categories, CG1 concluded that :

1. Intentional TM of LMOs falls under the scope of the protocol⁹¹;
2. Unintentional TM of LMOs falls under the scope of the protocol;
3. Intentional TM of processed products containing dead modified organisms and/or non-living components of LMOs such as DNA fragments or gene products does [not] fall under the scope of the protocol⁹²;
4. Intentional TM of purified products does not fall under the scope of the protocol.⁹³

90. CG1 noted that propagules such as seeds, tubers and pollen are included, since they fall under the definition of living organisms.

91. Inclusion of transboundary movements of LMOs in the scope of the protocol does not depend on the intended use of LMOs; the intended use may influence :

- 1) whether or which particular procedures under the protocol would apply, and
- 2) parameters for risk Assessment/Risk Management.

92. The possible effects of these non-living products on human health were discussed, in particular possible direct effects (e.g. via food consummation) and indirect effects (via impacts on biodiversity). The question was raised as to the meaning and intent of the relevant language in the Convention and the Jakarta decision with respect to these possible effects. The question was also raised of whether these safety aspects are or could be adequately addressed by other international instruments, for example, the Codex Alimentarius.

93. BSWG/Contact Group 1, result of morning discussion to be presented at SWG1, *Definition of LMOs, Products thereof, scope related articles*, Montreal, CBD, August 24 à la p. 1.

Si les produits dits purifiés issus d'OGM (catégorie 4) n'ont pas suscité une forte opposition quant à leur exclusion du champ d'application du protocole, il n'en est pas de même des produits contenant des OGM morts ou des composants non-vivants d'OGM (catégorie 3).

C'est ainsi qu'à cette même occasion, le *Council for Responsible Genetics*, parlant au nom du regroupement des ONG, avait attiré l'attention des participants sur l'impératif de considérer les produits dérivés d'OGM notamment ceux contenant des composants d'OGM non-vivants. La version anglaise des propos publiés se lisent :

In an attempt to minimize their responsibilities under a biosafety protocol, some delegations would have the protocol focus only on entire living organism, grown under field conditions. But the risks associated with the transfer, handling, and use of LMOs derive not only from LMOs themselves, but also from parts of a modified organism and products made from LMOs.

Parts of LMOs...

The use of a living modified organism includes the use of its component Parts. The use of genetically engineered microorganism could involve the purification of the plasmid components of the microbe and interstate transfer of those plasmids. The risks to the environment of the plasmid contained within a microorganism in one state may be very similar to the risks to the environment in receiving environment, not whether the plasmid that determines whether there is a transfer of hazard to a new receiving environment, not whether the plasmid happened to be contained within the walls of a bacterium at the time of transfer.

Products of LMOs...

There may also be risks associated with the use of products made from living modified organisms. For example, there are product formulations of heat-killed microorganisms with plasmids containing the *Bacillus thuringiensis* (Bt) endotoxin gene. The microorganisms may not yet be alive, though they continue to carry the gene on a plasmid. That plasmid of course carries qualitatively the same risks as the plasmid contained within the cell walls of a living organism. Once

the dead cells degrade, the plasmid could potentially move into microorganisms of the receiving environment, and the potential hazard (the particular gene and gene product) would again be replicatable.

Therefore, the scope of the protocol should cover both parts and products of LMOs.⁹⁴

Néanmoins, le Groupe de contact I a soumis à la plénière de clôture un texte entre crochets fournissant les définitions suivantes :

[organisme vivant modifié s'entend de tout organisme vivant contenant une nouvelle combinaison de matériel génétique obtenu au moyen de la biotechnologie moderne.

Organisme vivant s'entend de toute entité biologique capable de transférer ou de répliquer du matériel génétique, y compris des organismes stériles, des virus et des viroïdes.

Biotechnologie moderne s'entend de l'application de techniques in vitro faisant intervenir des acides nucléiques [et de techniques de fusion cellulaire] qui franchissent les barrières naturelles de la physiologie de la reproduction ou de la recombinaison, autres que la reproduction et la sélection de type classique.]⁹⁵

C'est à ce stade que les discussions avaient été ajournées pour la poursuite à la sixième réunion à Carthagène en Colombie. Ainsi la question de savoir quelles catégories d'OGM devraient être retenues dans les mouvements transfrontaliers aura été posée mais n'aura pas trouvé de réponse complète.

Toutefois, lors de la plénière de clôture du 28 août 1998, tout en rappelant que le principe de précaution était la base même du Protocole, la

94. Council for Responsible Genetics, *Biosafety Risks : Parts and products thereof*, BSWG Briefing Paper #1, Montreal, August 1998 à la p. 1.

95. Programme des Nations Unies pour l'environnement/Groupe de travail spécial à composition non limitée sur la prévention des risques biotechnologiques, *Cinquième réunion*; CDB, UNEP/CBD/BSWG/5/3, 1998, par. 6, [ci-après BSWG : 5^e réunion]. À noter que la présence de crochets montre que c'est un texte provisoire qui doit faire l'objet de discussion à la suivante réunion.

représentante du *Réseau Tiers Monde* s'est dite satisfaite de «voir l'adhésion grandissante au principe de précaution de nombreuses délégations, aussi bien des pays développés que ceux en développement». Elle a appelé les délégations à adopter ce principe dans la préparation de la sixième réunion du Groupe de travail⁹⁶.

Le représentant de *Biotech Canada* a déclaré à cette même occasion que le secteur des entreprises appuyait la Convention sur la diversité biologique et approuvait l'objectif du Protocole, à savoir de s'assurer que les mouvements transfrontaliers d'organismes vivants modifiés n'entraînent pas d'incidences néfastes sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. Pour atteindre cet objectif, il était essentiel selon lui de concentrer le temps et les ressources disponibles sur les domaines où des considérations scientifiques laissaient présager d'importants impacts négatifs sur la diversité biologique. Ce dernier a également rappelé que la biotechnologie était un moyen d'accroître la productivité de nombreux secteurs traditionnels et de contribuer à la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. Il a conclu en déclarant qu'à mesure que le débat sur la prévention des risques biotechnologiques se poursuivait, l'industrie s'efforcerait de fournir des informations sur les questions techniques, sur le développement des produits et sur le commerce, informations qui, selon lui seraient essentielles pour la formulation d'un protocole pratique et efficace⁹⁷.

2.5 - La sixième réunion du Groupe spécial; La question du commerce des OGM fait échouer l'adoption du Protocole à Carthagène

À l'accoutumée, les ONG ont surtout travaillé dans les coulisses lors de ce qui devait être la dernière des négociations. Toutefois, l'oeuvre des ONG a été manifestée dans la position tranchée des délégués des États adeptes du principe de précaution.

96. *Ibid.* par. 74.

97. *Ibid.* par. 75.

Dans les faits, la question commerciale s'est substituée de manière graduelle à celle de la diversité biologique au cours des discussions et des réunions. Déjà, à la cinquième réunion, la question de l'extension du champ d'application du Protocole a été posée de manière claire. Les discussions ont repris à Carthagène sur cette question : le Protocole doit-il concerner que les OGM vivants capables de se reproduire comme par exemple les semences et les animaux ou devrait-il inclure aussi les matières premières agricoles, voire les produits dérivés? Sur cette question fondamentale, les États-Unis et les sociétés défendent, par exemple, que les grains transgéniques qui sont destinés à la consommation ne menacent pas la biodiversité⁹⁸.

La question économique a également constitué le centre d'intérêt principal des discussions sur les règles à imposer aux mouvements transfrontaliers des OGM. Le système de notification préalable qui était en cours de définition voulait que le pays importateur d'OGM reçoive du pays exportateur des informations précises sur les OGM concernés. Cette question est d'une importance capitale pour les pays en développement qui ont très peu de moyens scientifiques pour analyser les produits, conformément aux règles de l'OMC⁹⁹.

Le troisième point de discordance observé à la réunion de Carthagène est le principe de précaution. Celui-ci avait certes gagné des adeptes au cours de la cinquième réunion mais c'est à Carthagène qu'il a été promu clairement par plusieurs États dont l'UE et les pays en développement par opposition aux États-Unis qui demandent des preuves scientifiques de la nocivité des OGM¹⁰⁰.

L'échec de Carthagène a résulté du défaut de consensus autour de ces principales questions aux portées économiques incalculables. La différence des attentes à l'endroit du Protocole n'a fait qu'alimenter l'opposition entre, d'une part les États-Unis et l'industrie et d'autre part, l'UE, les pays pauvres et les ONG qui défendaient le principe de précaution.

98. H. Kempf *L'avenir du commerce des produits génétiquement modifiés se joue à Carthagène*, Le Monde, Paris, Éd. électronique du 17 février, 1999, <<http://www.lemonde.fr/nvtechno/futurs/biosecu/avenir.html>>.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

La discorde était consommée. Le Groupe spécial sur la biosécurité des mouvements transfrontaliers des OVGM devait abdiquer devant l'évidence de son échec et de son incapacité à élaborer un texte dont le contenu devait permettre d'atteindre les objectifs poursuivis par la Communauté internationale en matière de sécurité biologique. La Communauté internationale s'est accordée toutefois sur le fait que le principe de précaution constituait la raison d'être du Protocole comme cela est relaté explicitement dans la formulation de l'objectif dudit Protocole, à l'article 1 du rapport sur les travaux de la sixième réunion¹⁰¹.

Le potentiel pour la biotechnologie de causer des effets préjudiciables à l'environnement a été également confirmé par Monsieur Klaus Toepfer, directeur exécutif du Programme des Nations-Unies pour l'environnement, comme justifiant l'adoption du principe de précaution. Pour cette raison, il a invité la Communauté internationale à poursuivre les travaux en vue de la mise sur pied d'un Protocole de biosécurité contraignant qui lierait légalement les Parties¹⁰².

Avouant son échec face à la lourde tâche de concevoir un texte du Protocole porteur d'un consensus autour du principe de précaution, le Groupe spécial a dû remettre les commandes à la Première Conférence extraordinaire de la CDB¹⁰³. La Conférence extraordinaire est la plus haute instance de la Convention. En dépit de son autorité, celle-ci a dû également abdiquer devant

101. CBD, *Conference of the Parties to the Convention on biological diversity; First Extraordinary Meeting/Report of the Sixth Meeting of the Open-Ended Ad Hoc Working Group on Biosafety*, Cartagena, 22-23 February, UNEP/CBD/ExCOP/1/2, 1999. [ci-après Première Conférence extraordinaire de la COP à la CDB] En effet, l'objectif du Protocole est stipulé à l'article 1 comme suite : «In accordance with the precautionary approach contained in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, The objective of this Protocol is to contribute to ensuring an adequate level of protection in the field of the safe transfer, handling and use of living modified organisms resulting from modern biotechnology that may have adverse effect on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, and specifically focusing on transboundary movements.»

102. UNEP, *Governments postpone adoption of biosafety treaty*, UNEP PRESS RELEASE, Cartagena, Colombia, 23 February, 1999, <<http://www.biodiv.org/press/pr2-99-BSWG6.html>>.

103. *Ibid.*

son incapacité à créer le consensus de la sécurité biologique dans la dissémination des OGM, autour du principe de précaution. En effet, le 23 février 1999, les officiels des 138 gouvernements représentés à Carthagène avaient dû suspendre les pourparlers¹⁰⁴.

Toutefois, ainsi que le faisait remarquer le Directeur exécutif du PNUE, un pas important avait été fait à Carthagène. Les gouvernements avaient encore besoin de plus de temps pour discuter de leurs divergences notamment sur les questions relatives au potentiel de la biotechnologie à poser des préjudices à la diversité biologique et à la santé humaine et ses implications socio-économiques dans les pays en développement sans oublier la pertinence du principe de précaution en matière de biosécurité¹⁰⁵.

C'est ainsi que lors de la plénière de clôture de la Conférence extraordinaire du 22 février, le représentant du Canada, parlant au nom du Groupe de Miami, a avancé que son groupe ne pouvait appuyer le texte proposé. Le Groupe de Miami est composé des pays producteurs et exportateurs d'OGM. Du point de vue de ce groupe, ajoutait-il, des efforts supplémentaires seraient nécessaires pour compléter le texte et arriver à un protocole qui puisse être adopté et implanté dans les plus brefs délais possibles¹⁰⁶.

Le représentant de l'Éthiopie qui est le pays ayant assuré la présidence de la position des pays en développement a exprimé le point de vue selon lequel le texte proposé n'avait su couvrir convenablement plusieurs questions même si ce texte pourrait constituer une base adéquate pour la poursuite des négociations¹⁰⁷.

Le représentant de l'UE a souligné que par définition, tout texte faisant l'objet d'un compromis ne saurait entièrement plaire à personne et que par conséquent, le défi était de faire en sorte que les prochaines rencontres puissent permettre de trouver une solution aux questions critiques encore en suspens¹⁰⁸.

104. *Ibid.*

105. *Ibid.*

106. Première Conférence extraordinaire de la COP à la CDB, *supra* note 101, par. 49.

107. *Ibid.* au par. 56.

108. *Ibid.* au par. 57.

Le représentant du Japon a argué à l'effet que pour être effectif, le Protocole doit être réaliste et fondé sur des connaissances et des expériences scientifiques. Il a exprimé son inquiétude profonde sur le fait que le texte proposé était loin des objectifs poursuivis¹⁰⁹.

Certes, Carthagène n'a pas permis d'adopter le texte du Protocole sur la biosécurité, mais la Communauté internationale, à la lumière des allocutions de représentants présentées et de celle du Directeur exécutif, a décidé de poursuivre les pourparlers au nom du principe de précaution.

2.6 - La Conférence de Seattle aurait pu permettre l'émergence du principe de précaution dans le recours des OGM dans l'agriculture et l'alimentation

La Conférence de Seattle s'était tenue du 29 novembre au 3 décembre 1999. Les États-membres de l'OMC s'étaient donnés rendez-vous pour convenir d'un agenda à partir duquel, il serait convenu de démarrer un nouveau cycle de réformes dans le commerce international. La Conférence s'est soldée par un échec. La Communauté internationale n'a pu s'entendre sur l'orientation à donner à cette nouvelle ronde de réformes à l'OMC.

Les États membres de l'OMC adeptes du principe de précaution espéraient poser la question de l'adoption d'un tel principe dans l'Accord SPS par le biais du dossier des OGM. Malheureusement, dès le début de la Conférence, le dossier des OGM avait été présenté comme la pierre d'achoppement à la mise sur pied de tout processus de négociation. Il a été la première cible des États-Unis qui ont radicalement tenu à ce que la question des OGM soit exclue d'un éventuel agenda. En contrepartie, ils ont proposé qu'un groupe spécial de travail soit constitué pour la question des biotechnologies¹¹⁰.

109. *Ibid.* au par. 65.

110. Le Monde, *OMC : l'Europe se divise face à l'Amérique; Les négociations sur le commerce mondial dans une ville sous-couvre-feu. Au nom de Bruxelles, Pascal Lamy propose un compromis sur les biotechnologies pour rompre l'isolement européen sur l'agriculture. La France estime qu'il outrepassse son mandat*, Le Monde Interactif, Édition électronique du 2 décembre, 1999, <<http://www.lemonde.fr/article/0,2320,33138,00.html>>.

En agissant de la sorte, les États-Unis entendaient éviter tout traitement spécial des OGM. Ils auraient voulu idéalement que la question soit discutée au niveau bilatéral entre l'Europe et les États-Unis¹¹¹.

Quoi qu'il en soit, le droit international des OGM était dans un brouillard complet¹¹².

2.7 - La Suite de Carthagène à Montréal

Il a fallu attendre la Suite de Carthagène à Montréal pour voir la consécration du principe de précaution dans les articles 10 et 11 du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques. Ce fut un succès des ONG partagé avec les autres sujets de droit international particulièrement les États Parties adeptes d'un tel principe dans les applications du génie génétique dans l'agriculture et dans l'alimentation.

CONCLUSION

Du Traité de Rome au Protocole de Carthagène sur la Prévention des risques biotechnologiques, le principe de précaution a consolidé son émergence en droit international. Bien mieux, au fil des conventions spécialisées, le principe a élargi son champ d'application. Alors que le droit international de l'environnement a été pendant longtemps son champ de prédilection, voilà que le principe de précaution a été hissé en droit international de la sécurité alimentaire par l'épineuse problématique des mouvements transfrontaliers des organismes vivants génétiquement modifiés.

Ainsi, le principe de précaution bouscule les règles de références de la normalisation établies par l'OMC en matière de commerce international des produits agricoles. Désormais, il faudrait s'attendre à ce que les États qui en sont les adeptes posent au niveau des instances internationales compétentes, la reconduction d'un tel principe dans le commerce international des produits

111. H. Kempf, *Le fou règne en matière de régulation internationale des OGM*, Le Monde, Édition électronique du 3 décembre, 1999, <<http://www.lemonde.fr/article/0,2320,33346,00.html>>.

112. *Ibid.*

agricoles en général. Dans une telle perspective, l'OMC est ciblée pour adopter le principe de précaution dans l'Accord SPS. La question a d'ailleurs été posée à la Conférence de Seattle où l'UE entendait se servir du dossier des OGM à cet effet.

La Communauté internationale pourrait par ailleurs, ne pas avoir recours à une ronde de négociation particulière pour adopter le principe de précaution dans l'Accord SPS quand on sait que le point C, de l'alinéa 3, de l'annexe A de l'*Accord sur l'application des mesures SPS* stipule que ledit Accord peut se munir d'un tout autre instrument juridique international nécessaire et utile à l'exercice de sa mission de réglementation du commerce international des produits agricoles¹¹³. Sur la base de cette disposition, l'Accord SPS pourrait se doter du *Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques* comme un quatrième instrument spécialisé après la *Commission du Codex Alimentarius*, l'*Office international des épizooties* et la *Convention internationale pour la protection des végétaux*.

Une telle initiative est certainement difficile à prendre au sein du système de l'OMC. Pourtant, elle pourrait être la solution à la protection de la santé humaine, compte tenu également de la préservation de la diversité biologique face aux risques biotechnologiques potentiels associés aux OGM non couverts par le champ d'application du Protocole. Ces dernières catégories d'OGM constituent l'essentiel des produits agricoles issus du génie génétique actuellement en circulation. Il s'agit principalement des OGM destinés à la consommation humaine et animale mais aussi de ceux qui sont destinés à la transformation ainsi que les produits dérivés d'OGM.

Quoi qu'il en soit, les ONG ont contribué largement à l'émergence du principe de précaution en droit du commerce international des OGM et en droit international de la sécurité alimentaire. Elles ont été les alliées incontournables des États qui ont porté ce principe à la consécration dans le Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques.

113. OMC, *Textes juridiques : Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* : <<http://www.wto.org/wto/french/legal/legal.htm>>.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : INTEGRITY, DIGNITY AND THE ACT RESPECTING INDUSTRIAL ACCIDENTS AND OCCUPATIONAL DISEASES : CAN THE ACT PROVIDE MORE APPROPRIATE COMPENSATION FOR SEXUAL HARASSMENT VICTIMS?

Auteur(s) : Laverne A. JACOBS

Revue : RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : 279-317

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12361>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12361>

Page vide laissée intentionnellement.

**INTEGRITY, DIGNITY AND THE ACT RESPECTING
INDUSTRIAL ACCIDENTS AND
OCCUPATIONAL DISEASES :
CAN THE ACT PROVIDE
MORE APPROPRIATE COMPENSATION
FOR SEXUAL HARASSMENT VICTIMS?**

by Laverne A. JACOBS*

La situation des victimes de harcèlement sexuel au travail est devenue une préoccupation de plus en plus importante au cours des dernières années. La victime de harcèlement sexuel au travail qui reçoit une indemnité de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) pour une lésion qui résulte du harcèlement, se trouve sans recours sous la Charte des droits et libertés de la personne pour ses dommages moraux, matériels et exemplaires. Depuis l'arrêt Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. [1996] 2 R.C.S. 345, ce principe est fermement ancré dans notre droit.

Pour rendre la situation encore plus compliquée, la Loi sur les accidents du travail et des maladies professionnelles n'offre une indemnité que pour les atteintes à l'intégrité de la personne, indemnité qui ne tient aucunement compte de l'atteinte au droit à la dignité que pose le harcèlement sexuel. Dans cette étude, l'auteur explore la possibilité de réforme de la Loi afin de développer une indemnisation plus appropriée pour les victimes de harcèlement sexuel au travail. Étant donné le contexte social et légal d'où la Loi est née, cette exploration incorpore une revue de l'histoire et de l'évolution de la Loi ainsi qu'un examen de quelques décisions récentes émanant du BRP et de la CALP. La place de la personne dans le droit civil au Québec et la définition de deux droits de la personnalité (l'intégrité et la dignité) font aussi partie intégrante de la présente étude.

*, LL.B., B.C.L. (McGill), Law Clerk, Federal Court of Appeal, 1999-2000 and student-at-law, LSUC. Thanks to Professors F. Allard and M-C Prémont of the McGill Faculty of Law for their insightful comments on earlier drafts of this article and to all of my reviewers, anonymous and known, for their suggestions. I am also grateful to my family, especially my aunt Norma (now deceased), for their constant support of this project.

*Integrity, Dignity and the Act respecting industrial accidents
and occupational diseases : Can the Act Provide (2000) 30 R.D.U.S.
More Appropriate Compensation for Sexual Harassment Victims?*

The plight of victims of workplace sexual harassment in Quebec has become a matter of great concern in recent years. The worker who receives compensation through the Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) for an injury resulting from the sexual harassment finds herself with no recourse to the Quebec Charter for moral, material or exemplary damages. This principle has become entrenched in the law since the decision of Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc. [1996] 2 S.C.R. 345.

The matter is further complicated by the fact that the Act respecting industrial accidents and occupational diseases compensates only for loss of integrity, providing a completely inappropriate compensation for sexual harassment – an incident through which the person's dignity is first and foremost put under attack. In this paper, the author explores the possibility of reforming the Act in order to provide a more appropriate compensation for victims of workplace sexual harassment, one that addresses the very real affront to dignity that sexual harassment poses. As the Act is grounded in a particular social and legal history, this exploration involves a review of its history and evolution as well as an examination of recent decisions by the CSST's reviewing bodies. Consideration of the place of the person in Quebec Civil Law and the definition of certain personality rights (integrity and dignity) also form an integral part of this paper.

(2000) 30 R.D.U.S.	<i>Integrity, Dignity and the Act respecting industrial accidents and occupational diseases : Can the Act Provide More Appropriate Compensation for Sexual Harassment Victims?</i>	281
--------------------	--	-----

TABLE OF CONTENTS

I-	Introduction	281
II-	Sexual Harassment	284
i)	Sexual Harassment — definition and means of recourse	284
ii)	Defining the Notions of Integrity and Dignity in Quebec Civil Law	289
iii)	Sexual Harassment properly conceived as an affront to dignity as opposed to integrity	298
III-	Modifying the AIAOD	299
i)	Practical Problems, Proposed Reform	299
ii)	History and Evolution of the Worker's Compensation Regime in Quebec — the Act's capacity to support the modifications proposed	304
IV-	Conclusions	314

I- Introduction

Although always a matter of great concern, sexual harassment at the workplace has received a significant increase in attention since the decision of *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc*¹. This Supreme Court decision holds that it is impossible for victims of workplace sexual harassment to obtain moral, material or exemplary damages under the *Charter of Human Rights and Freedoms*² if the victim has been indemnified for an employment injury resulting from the same incident under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*³ (AIAOD). The Court's judgment has raised concern over access to justice for sexual harassment victims in Quebec, double compensation and the proper interplay between the Quebec Charter and the AIAOD. Most importantly, however, it suggests a need for legislative reform.

The debate on whether the Supreme Court's decision to deny these damages is correct is a lively one⁴. My position is that the decision in *Béliveau*, correct or not, has been made and that it is now a matter of exploring options to provide more appropriate compensation for victims who claim under the AIAOD. This can be done by examining and re-conceptualizing the injury indemnified by the Act.

The AIAOD compensates victims of sexual harassment at the workplace for the injury the harassment has caused to their physical or psychological integrity. Its use as a legal regime providing compensation for sexual harassment claims in the workplace, however, poses serious problems. From a philosophical

1. [1996] 2 S.C.R. 345, S.C.J. No. 70 (QL) [hereinafter *Béliveau* cited to S.C.R.].

2. R.S.Q. c. C-12, s. 49 [hereinafter «Quebec Charter», «Charter»].

3. R.S.Q. c. A-3.001.

4. As well, a surge of legal writing quickly emerged on the scope and repercussions of this decision. For example, see the special edition of *Développements récents en responsabilité civile* dedicated to this judgment : Service de formation permanente Barreau du Québec, *Développements récents en responsabilité civile* (Cowansville, Que : Yvon Blais, 1997); see also K. Lippel and D. Demers, *Access to Justice for Sexual Harassment Victims : The Impact of Béliveau St-Jacques on Female Workers' Rights to Damages* (Ottawa : Status of Women Canada, 1998).

standpoint, one of the most alarming consequences of this use of the Act is that it fosters a misrecognition of the very notion of sexual harassment in both fact and law. Keeping in mind that the law is both a product of and a statement to society⁵, the social message sent by the AIAOD is that sexual harassment is not to be tolerated in the workplace because of the injury it causes to the victim. This view of sexual harassment completely overlooks the most important reason for indemnifying survivors of workplace sexual harassment —its affront to human dignity. I argue that sexual harassment is misplaced in a compensatory regime based on the notion of integrity. If the AIAOD is to offer compensation for this workplace occurrence, it should reflect the very real affront to dignity that sexual harassment presents. However, legislative reform of the AIAOD is a delicate task.

The AIAOD finds its source in a special compensatory, no-fault regime that is based on a particular social and legal history. It represents a compromise between workers and industrial employers that, in its ideal form, allows workers to receive automatic compensation for injury without having to prove the fault of the employer while at the same time relieving employers of costly damage awards⁶. Any reform of the AIAOD should respect the regime's fundamental objectives so that the regime does not become denatured. It is therefore important to understand what the Act's objectives are and how they have evolved over time in order to establish whether the current Act is capable of being modified to address the affront to human dignity that sexual harassment poses. In addition, we need to ask whether we want this regime, whose initial creation contemplated accidents to the physical person stemming from work with industrial machinery, to be extended to workplace incidents that primarily injure intangible, fundamental human rights and only consequentially affect one's integrity. It may well be that factors such as the bar to seeking reparation

-
5. This is an implicit theme that comes across in the works of many philosophers and legal theorists. For example, Charles Taylor alludes to the need for proper recognition of one's identity by law and politics in order to confirm one's dignity. See «The Politics of Recognition» in C. Taylor, *Multiculturalism and the Politics of Recognition* (Princeton : Princeton University Press, 1992).
 6. It has been argued that this ideal form of the regime is being slowly worn away as workers are now required to go through many of the burdens of proof found in civil liability suits in order to receive compensation. See M-C Prémont & M. Tancelin, «L'indemnisation des victimes d'accident du travail : une histoire de contre-courants» (1998) 39 C. de D. 233.

for moral damages that the AIAOD presents as well as the misrecognition of sexual harassment that the regime perpetuates, justify the complete removal of sexual harassment from the scheme of workplace accidents. Consideration of the aims and objectives of the Act, in both its historical and current social context is therefore a necessary part of any project of reform and will form an essential part of my analysis.

As the Act is based on the notion of integrity, I devote the first part of this study to defining the notion of integrity in Quebec Civil law. I discuss the interpretation of integrity under the Quebec Charter and under the Civil Code of Quebec in an attempt to demonstrate that integrity is an inappropriate base notion for compensating victims of sexual harassment. I then move to a similar definitional analysis of the notion of dignity, a personality right which is integrally harmed during experiences of sexual harassment and which has a marked absence from the AIAOD.

In the second part of the paper, I discuss practical problems to obtaining compensation that can be alleviated by allowing interference with dignity to form part of the criteria used to decide a claim for sexual harassment under the Act. In the last part of this article, I present a brief social and legal history of the AIAOD, focusing on why the Act was introduced and the compromise that forms its foundation. Through this analysis, I attempt to discern the extent to which dignity and integrity were contemplated during the Act's evolution to see if its current version can support the introduction of a dignity-based aspect in order to offer more appropriate compensation for sexual harassment victims. I question whether such a modification can be done while guarding intact the essence of the compromise and values represented by the AIAOD.

One final note that I wish to make is on the scope of this paper. Although the *Béliveau* decision has made it clear that receipt of compensation under the Act is a bar to recovery under the Charter, it has left unclear some of the other circumstances in which a victim may be barred from suing under the

Charter⁷. There is thus pending litigation on this issue. This is an issue that I will discuss only as it relates to the problem that this paper addresses. The main issue in this paper is not the right to sue but the fact that sexual harassment victims who are indemnified under the AIAOD and thus barred from recovering under the Charter, receive no compensation for the affront to dignity that the sexual harassment has caused them. It starts from the premise that although there may be other situations in which a sexual harassment victim is precluded from suing under the Charter, it is clear that she cannot do so if she has received compensation under the AIAOD.

II- Sexual Harassment

i) Sexual Harassment — definition and means of recourse

The term «sexual harassment» refers to any unwelcome behaviour that is sexual in nature. In his seminal text on sexual harassment in the workplace, Maurice Drapeau offers the following definition of sexual harassment. This definition is a synthesis of the many legal definitions of sexual harassment produced by doctrine as well as Canadian and American jurisprudence :

In general, sexual harassment in the workplace can be defined as all unwelcome, sexually connotative behaviour, either verbal or physical, which is generally repeated and which, by its nature, has a detrimental effect on the victim's work environment, brings about adverse job-related consequences or interferes with the physical or psychological integrity of her person or with her dignity⁸.

Reference is made to both integrity and dignity in this definition. Depending on the forum in which one institutes a claim for compensation, the

7. See *Beaudet et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Genest*, [1997] R.J.Q. 1488, J.T.D.P.Q. no. 12 (QL). Discussed in more detail below, this is a successor case to *Béliveau* in which the Quebec Human Rights Tribunal attempts to set out the scenarios in which a workplace sexual harassment victim can sue under the Charter. Currently pending appeal to the Quebec Court of Appeal, dossier # 705-53-000005-960 [hereinafter *Genest* cited to R.J.Q.] .

8. M. Drapeau, *Le Harcèlement sexuel au travail : le régime juridique de protection* (Cowansville, Que : Yvon Blais, 1991) at 86-7 [translated by author].

focus of the decision-making body tends to be on one or the other of these notions.

In Quebec, a claim for sexual harassment can be made under the Charter. Such a claim may be made by complaint to the *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* which may lead to a hearing before the Quebec Human Rights Tribunal (QHRT) or by action in regular court. However, if the after-effects of the sexual harassment incident has already been compensated as an employment injury by the *Commission de la santé et de la sécurité du travail* (CSST), section 438 of the AIAOD bars the claimant from also seeking compensation under the Charter. This principle was firmly established in *Béliveau*. The Supreme Court held that the AIAOD's statutory bar against civil liability actions includes a bar against actions made under the Charter. *Beaudet et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Genest*⁹ went further by attempting to define the different scenarios in which a worker who is a victim of sexual harassment can make a claim under the Charter. In this case, the QHRT found three such situations : i) where the victim has not made a claim to the CSST ii) where the harassment victim has made a claim but the CSST has not recognized that he/she has suffered an employment injury and, iii) where the worker, not having received compensation for the harassment from the CSST, is suing a co-worker. As *Genest* is pending appeal, this analysis of the law is not a strong precedent.

When permitted, a claim under the Charter allows a person to seek recourse for unlawful interference with a right guaranteed under the Charter as well as cessation of the interference¹⁰. The QHRT usually conceives of sexual harassment as a violation of dignity¹¹, though the Tribunal has recognized that

9. *Genest*, *supra* note 7.

10. By virtue of section 49 of the *Quebec Charter*, *supra* note 2.

11. Among the numerous cases that refer to dignity in awarding for sexual harassment are : *Commission des droits de la personne du Québec v. Habachi (T.D.P.Q.)* (1992), R.J.Q. 1439, *Commission des droits de la personne du Québec v. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967 and *Lippé et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec v. Québec (Procureur général)*, [1998] R.J.Q. 3397 [hereinafter *Lippé*].

other rights, such as the rights to equality¹² and integrity¹³, may be infringed as well.

Alternatively, if permanent interference with one's integrity results from sexual harassment at the workplace, compensation for the resulting injury can be sought under the AIAOD. Under the AIAOD, the injury arising from sexual harassment is treated as any employment injury, that is, as an «injury or a disease arising out of or in the course of an industrial accident, or an occupational disease including a recurrence, relapse or aggravation»¹⁴. Compensation is provided for the «permanent physical or mental impairment» sustained by the worker who has suffered an employment injury¹⁵. Although the English version of the AIAOD is ambiguous in its use of the word «impairment», the French text makes it clear that compensation will be awarded for interference with the integrity of the person :

Le travailleur, victime d'une lésion professionnelle qui subit une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique a droit, pour chaque accident du travail ou maladie professionnelle pour lequel il réclame à la Commission, à une indemnité pour dommages corporels qui tient compte du déficit anatomo-physiologique et du préjudice esthétique

-
12. Sexual harassment in the workplace is also traditionally analyzed as an affront to the right of equality in the workplace. (See C. MacKinnon, *The Sexual Harassment of Working Women* (New Haven : Yale University Press, 1979)) although it has been argued that the courts and tribunals could be more pro-active in analyzing sexual harassment from this perspective (see C. Sheppard, «Systemic Inequality and Workplace Culture : Challenging the Institutionalization of Sexual Harassment» (1995) 3 C.L.E.L.J. 249). Dignity is possibly the most immediate and crucial right violated through sexual harassment whether the sexual harassment occurs at the workplace or elsewhere. The effect on the right to equality is an important and interesting aspect of the effect of sexual harassment but unfortunately is beyond the scope of this paper.
 13. Cases emanating from the QHRT that award damages for interference with the right to integrity include *Genova et Commission des droits de la personne du Québec v. Dhawan*, [1995] J.T.D.P.Q. no. 36 (QL) and *Lippé*, *supra* note 11.
 14. AIAOD, *supra* note 3, s. 2.
 15. See AIAOD, *ibid.*, s. 83, discussed in detail below; see also s. 1 which, in its first paragraph, states «[t]he object of this Act is to provide compensation for employment injuries and the consequences they entail for beneficiaries».

qui résultent de cette atteinte et des douleurs et de la perte de jouissance de la vie qui résultent de ce déficit ou de ce préjudice.¹⁶

As a precondition to awarding compensation, the CSST requires that it be presented with medical proof of the resulting bodily injury¹⁷. Without medical proof of the existence of sequelae, the Commission will not compensate the victim¹⁸. Jurisprudential extension of the category of «employment injury» in the past decade or so to include stress and stress-type injuries (e.g. depression) has resulted in workers being compensated for injury caused to their integrity due to sexual harassment.

A review of the few existing reported decisions of the *Bureau de révision paritaire* (BRP) and the *Commission d'appel en matière de lésions professionnelles* (CALP) dealing with sexual harassment¹⁹ reveals that sexual harassment is usually categorized as an industrial accident rather than as an occupational disease. The definition of industrial accident is broad. It refers to any sudden and unforeseen event that happens to a worker. The event can be

16. AIAOD, *ibid.*, s. 83.

17. AIAOD, *ibid.*, s. 88.

18. AIAOD, *ibid.*, s. 88. See also K. Lippel and D. Demers, *Access to Justice for Sexual Harassment Victims : The Impact of Béliveau St-Jacques on Female Workers' Rights to Damages* (Ottawa : Status of Women Canada, 1998) *supra* note 4 at 19.

19. The method used for finding these cases consisted of searching in the CALP database in SOQUIJ. This search produced less than 20 cases. Only the most relevant ones are discussed in this paper. The CALP database includes all cases from 1986. CSST cases (cases of first instance) are inaccessible to the public and could not be considered. No decisions of the newly established *Commission des lésions professionnelles* were considered.

The decision-making body for the AIAOD is the *Commission de la santé et de la sécurité du travail* (CSST) (except where a special provision gives jurisdiction to another person or agency (s. 349 AIAOD)). Prior to the coming into force of modifications to the Act on April 1, 1998, the first instance of review was done by the *Bureau de révision paritaire* (BRP). The BRP examined the case *de novo*, its decision substituting that of the CSST. Further review by the *Commission d'appel en matière de lésions professionnelles* (CALP) was also available. (See generally, B. Cliche, M. Gravel, L. Ste-Marie, *Les accidents du travail et les maladies professionnelles : indemnisation et financement* (Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997), Titre V, Chapitre I, «Instances Décisionnelles»). Since April 1, 1998, however, the CSST's decision is first reviewed by members of the CSST (ss. 358.3 and 358.4 AIAOD) and further review is provided by the *Commission des lésions professionnelles* (s. 359 AIAOD).

attributable to any cause but must arise out of or in the course of his work and must cause him an employment injury²⁰. Nevertheless, despite this broad definition, expansive legislative interpretation has been needed so that sexual harassment, which usually takes place in the form of a series of events as opposed to a single event, could be accepted as falling within these parameters. The first important step was an acknowledgment that the term «employment injury» can incorporate injuries of a psychological nature²¹. It was then accepted that the superposition of several incidents of the same type, which, if considered individually, would seem benign, could be said to present the sudden and unforeseen characteristics that constitute an industrial accident²². It was by virtue of this interpretation that compensation was awarded for racial harassment²³. The first reported sexual harassment case in which this rule was applied is *Leduc et Alimentations Claude Dufour inc.*, a case in which a meat packager was awarded compensation after being harassed by her manager²⁴.

-
20. AIAOD, *supra* note 3, s. 2. The broad definition of industrial accident contrasts with the much narrower concept of occupational disease which section 2 defines as «a disease contracted out of or in the course of work and characteristic of that work or directly related to the risks peculiar to that work». Only one case has characterized sexual harassment as an industrial disease. The analysis of how CALP reached this conclusion is not very rigorous. CALP merely stated that it was of the opinion that the post-traumatic depression was in relation to the work and was therefore an industrial accident. It seemed to overlook that the harassment incident was not characteristic of the employee's work nor directly related to the risks peculiar to that work. See *Desroches et Gestion Réaction Extra*, C.A.L.P. 81815-60-9608.
 21. *Mme M.*, *Commission des affaires sociales*, division des accidents du travail, decision no. JR000137323, November 23, 1983, bureau de Montréal. This led to recognizing that sexual harassment as a «climat du travail» could cause employment injury. See *Mme Nicole Leduc*, *Bureau de révision de la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, decision no. 2335, October 30, 1984, bureau de Longueuil. See also *Drapeau*, *supra* note 8 at 192-3 for a discussion of these cases.
 22. See *Gagnon et Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance*, [1989] C.A.L.P. 769; *P. et (Ville de)X*, [1990] C.A.L.P. 677; *Gravel et Canada (Ministère des Anciens combattants)*, [1990] B.R.P. 249 and *Blagoeva et Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1992] C.A.L.P. 898 which all hold harassment to be an industrial accident by considering that the events taken together constitute a sudden and unforeseen event.
 23. See *Anglade et Montreal (Communauté urbaine de)*, [1985-86] B.R.P. 131. Appealed successfully (D.T.E. 88T-730), C.A.L.P. 00837-60-8609, 1988-06-17.
 24. [1993] B.R.P. 199. Other cases at the CSST level may have awarded compensation for sexual harassment as an industrial accident at an earlier date. Unfortunately, due to the inaccessibility of cases decided by the CSST, it is difficult to know if the same reasoning was

The fact that the entire worker's compensation regime is built on the premise that permanent detrimental effect to one's integrity must be shown before compensation will be given means that sexual harassment victims face particular barriers. Before getting into a discussion of these barriers and in order to fully understand why dignity is a more suitable notion than integrity on which to ground sexual harassment claims, it is useful to outline and compare the two rights as they exist in Quebec Civil law.

ii) **Defining the Notions of Integrity and Dignity in Quebec Civil Law**

Integrity

The notion of integrity is not defined in the AIAOD. Consequently, it is to the *droit commun* that we must look for its definition²⁵. The AIAOD's emergence from and links to Quebec private law suggest that the notion of integrity it protects should find its source in the *droit commun* of Quebec Civil law. As indicated by the Preliminary Provision of the *Civil Code of Quebec* (C.C.Q.) the *droit commun* forms the foundation of all other Quebec laws. On the question of the extent to which the C.C.Q. can be used as the foundation of other legislation, Jean-Maurice Brisson affirms :

C'est une chose de dire qu'à cause de ses éléments intrinsèques, le nouveau Code manifeste une aptitude à servir de fondement aux autres lois; c'en est une autre que de savoir quelles sont précisément les autres lois que l'on pourra faire reposer sur le Code. Or cette dernière question est probablement celle qui est la plus fondamentale pour l'avenir du Code à titre d'expression du droit commun.

À cette question on peut apporter, me semble-t-il, deux réponses : la première, que le *Code civil du Québec* doit être considéré comme le fondement de toutes les autres lois, dans la mesure où celles-ci font

applied. These cases are unreported and access to the decisions is not open to the general public.

25. As opposed to public, Common law principles although it is important to note that, for the purposes of judicial review, public law principles, finding their source in the Common law, apply.

appel, principalement ou accessoirement, à des notions de droit privé; la deuxième, que le Code civil s'applique à l'État, lorsqu'une règle de droit public en a décidé ainsi.

– Pourquoi doit-on dire que le Code civil est le fondement de toutes les autres lois? Pour la raison très simple qu'il est devenu difficile de dire à quelle catégorie juridique traditionnelle les lois contemporaines peuvent être rattachées. Rares sont les lois aujourd'hui, s'il en existe encore, qui peuvent être qualifiées exclusivement de lois de droit privé. Mais rares sont les lois, aussi, qui ne font aucunement appel, ne serait-ce que de façon marginale, à des notions de droit privé.²⁶

Although the AIAOD derogates from the civilian principle of fault-based responsibility, it does not derogate from civilian private law principles altogether. The primary aim remains compensation for the injured party – compensation which is still paid by the presumed author of the injury (the employer) albeit through a collective fund instead of directly²⁷. In defining the notions of integrity and dignity it should therefore be a valid approach to look to the *droit commun*.

The C.C.Q.'s Preliminary Provision defines the *droit commun* as the C.C.Q.'s body of rules working in harmony with the Quebec Charter. Of these two sources, the Charter value is most significant. This is because section 52 of

26. J-M. Brisson, «Le Code civil, droit commun?» in *Le nouveau code civil :interprétation et application : Journées Maximilien-Caron 1992* (Montreal : Thémis, 1993) 292 at 312 [emphasis added].

27. Compensation for victims under worker's compensation legislation generally comes from a collective fund comprised of employer contributions. In the case of the AIAOD, the *Commission de la santé et de la sécurité du travail* (CSST), an administrative body established by the *Act respecting occupational health and safety*, R.S.Q. c. S-2.1, ss. 137ff, is responsible for collecting the funds required for the administration of the AIAOD. A valuation is made at the end of each year and the sums collected by the CSST are deposited into a bank or a savings and credit union (AIAOD, ss. 285, 287). See generally Chapter IX (ss. 281-331.3) on Financing and Chapter X (ss. 332-348) on the special provisions applicable to employers held personally responsible for the payment of benefits.

the Charter requires that every law conform to its first thirty-eight sections in the absence of express derogation²⁸. The AIAOD contains no such derogation.

Looking, then, to the *droit commun*, we see that the extra-patrimonial right to integrity is found both in the *Civil Code of Quebec* and in the *Charter of Human Rights and Freedoms*. As one of the first rights identified in the Code, it appears to occupy a position of primary importance in Quebec Civil law. It is therefore a bit surprising that the right is not explicitly defined in either enactment and that most related jurisprudence and doctrine focus not on what the right to integrity is, but rather, on reasons why the right exists and how it can be infringed²⁹. As Madam Justice L'Heureux-Dubé observes in *Québec (Curateur Public) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, Quebec courts have paid little attention to interpreting the concept of *intégrité*³⁰. Indeed, the decision in *St-Ferdinand* provides the most thorough and current definition of the right to integrity³¹.

In *St-Ferdinand*, the unionized employees of a hospital centre for the mentally disabled held a thirty-three day strike in order to pressure their employer into discarding plans for staff re-organization. As a result of the strike, over seven hundred patients were deprived of certain care and services that they normally received. In its reasons for judgment, the Supreme Court of Canada closely examines both the notions of integrity and dignity and concludes that the temporary discomfort suffered by the patients constituted an interference with their right to dignity but not with their *droit à l'intégrité*. The Court holds that *le droit à l'intégrité* as found in section 1 of the Charter, is a guarantee against

-
28. This strong requirement is further supported by section 53 of the Quebec Charter which directs that any doubt in the interpretation of a law must be resolved in keeping with the intent of the Charter. Wide interpretation has been given to this direction, the Courts have gone as far as holding that inspiration is to be found in the general philosophy of the Charter when interpreting a law. See *Thibault v. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. (C.A.) 2029 at 2038-39.
29. See for example A. Mayrand, *L'Inviolabilité de la personne humaine*, (Montreal : Wilson & LaFleur, 1975).
30. [1996] 3 S.C.R. 211 at 251 [hereinafter *St-Ferdinand*].
31. The only decision prior to *St-Ferdinand* which attempts to define the concept is *Viau v. Syndicat canadien de la fonction publique*, [1991] R.R.A. 740.

any interference that leaves a person less complete. This diminished state must be of a more than fleeting nature, evidenced by marks or sequelae, in order for it to be said that the person's integrity has been violated³². Insofar as *St-Ferdinand* maintains that the right to integrity is the right of a person to remain intact, it is difficult not to agree with the Court's definition. This interpretation of the right to integrity also finds support in the *Civil Code of Quebec* (with which the Charter works in harmony to provide the *droit commun*³³) and its related jurisprudence.

There are several instances in the C.C.Q. which indicate that the right to integrity of the person is one which aims to keep the person intact. The chapter on integrity of the person, for example, suggests a desire on the part of the legislature to guard the human being in a state of being whole. Interference in the form of care such as specimen-taking³⁴ and removal of tissue³⁵ require the consent of the person if possible and, if not, that of a substitute. Similarly, consent is required in order to donate body parts removed during medical care to research³⁶ and for the alienation of a body part *inter vivos*³⁷. Finally, those incapable of giving consent can only alienate a body part «that is capable of regeneration»³⁸, which also indicates concern with guarding the human being intact.

Numerous cases in Quebec Civil law jurisprudence award damages for loss of physical integrity — a fact which further suggests that the law acknowledges an interference with one's right to integrity to have occurred when a person is rendered less whole. These include cases well-known to every student of Quebec Civil law such as *Gburek v. Cohen*³⁹, in which a patient was

32. *St-Ferdinand*, *supra* note 30 at 252-53. This is also the minimum requirement for exemplary damages to be awarded for violation of the right under section 49.

33. Preliminary Disposition, C.C.Q. See generally on the relationship between the Code and the Charter, A-F Bisson, «Nouveau code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions» (1992) 23 R.D.U.S. 1.

34. Art. 11 C.C.Q.

35. *Ibid.*

36. Art. 22 C.C.Q.

37. Art. 19 C.C.Q.

38. Art. 19, para. 2 C.C.Q.

39. [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.).

rendered deaf after being treated for too long on an antibiotic known to cause deafness; *Jim Russell International Racing Drivers School(Canada) v. Hite*⁴⁰, dealing with disfigurement; and *Trans Quebec Helicopters v. Estate of David Lee*⁴¹, awarding compensation for decapitation.

In addition to interference with physical integrity (one's physical person), damages awarded for loss of or interference with moral integrity also abound in Quebec Civil law⁴². Generally speaking, moral integrity comprises the subjective qualities that serve to define a person as an individual such as one's thoughts and sentiments. The Courts tend to place interference with all personality rights of a non-physical nature together under this title (including the rights to honour, reputation, privacy and dignity). Unfortunately, this is usually done with no acknowledgment of the tension that exists between the extent to which the rights overlap and the inherent distinctiveness of each⁴³. Finally, in conceiving of the notion of integrity as a right, I would add that the act of rendering the person less whole must be done without or in spite of the person's consent in order to constitute a violation.

At the same time, the Supreme Court's definition of integrity is a bit problematic. Its difficulty arises from the fact that it does not distinguish between the right to integrity and the right to inviolability. We must keep in mind that the Supreme Court of Canada is defining *le droit à l'intégrité* as it is found in section 1 of the Charter. Because of confusing drafting, the resulting definition of *le droit à l'intégrité* is said to correspond to the «right to

40. [1986] R.J.Q. 1610 (C.A.).

41. [1980] C.A. 596.

42. See for example *Aubry v. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591 regarding infringement of the right to privacy and *Deschamps v. Renault (1972) (1977)*, C. de D. 937 (S.C.) awarding an injunction to prevent unauthorized use of another's image.

43. In this regard, it is important to note that while dignity may have some common attributes with the rights often placed under the rubric of moral integrity (e.g. honour and reputation), dignity is an autonomous right; not a subset of integrity. The distinction between integrity and dignity is discussed in greater detail below. See also É. Deleury & D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 2nd ed. (Cowansville, Que. : Yvon Blais, 1997) c. III at 153ff.

inviolability»⁴⁴. (The English text of article 1 offers a right to «inviolability» as the equivalent of the «*droit à...l'intégrité*»). *St-Ferdinand* therefore sets out the right to integrity (*intégrité*) and then concludes that this right is the same as the right to inviolability. It does not contemplate the definition of the right to inviolability, a right which is conceptually different and, like all extra-patrimonial rights, has its own finality⁴⁵.

More specifically, it is unclear how to classify a situation in which all of the elements of a violation of the right to integrity are present except for evidence of the person's diminution. Consider a situation in which a person is slapped in the face, no mark or bruising is left on the person's cheek and a psychological assessment reveals that the person has suffered no trauma by the incident. In such a situation, there are therefore no after-effects of either a physical or psychological nature. Based on the *St-Ferdinand* test, the slap would not be considered an interference with the person's physical or moral integrity because the person has in no way been rendered less intact. Yet, there is

44. The wording of articles 3 and 10 of the C.C.Q. infers that integrity is very similar to the notion of inviolability but distinct from it. The Code explicitly provides a right to inviolability and one to integrity of the person, indicating that the two rights are not the same. That article 3 offers two separate rights is most clearly gleaned from reading the French version of the text : «Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne...». The use of the preposition «à» before each of the rights of inviolability and integrity, indicates that they are distinct rights. Similarly, the wording of art. 10 («Every person is inviolable and entitled to the integrity of his person. Except in cases provided for by law, no one may interfere with his person without his free and enlightened consent») suggests that : a) inviolability and integrity are distinct and independent rights and b) interfering with a person's inviolability is a first step toward interfering with her integrity. Inviolability thus appears to shield integrity. In any case, inviolability and integrity are not seen as one and the same in either article 3 or 10.

45. See preceding note. The school of thought maintaining that each right has its own discernable finality has strongly emerged since the coming into force of the Charter. See F. Allard, «La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle» in *Mélanges Paul-André Crépeau*, (Cowansville, Que. : Yvon Blais, 1997)1; F. Allard, «Une délimitation de l'ordre public par une nouvelle représentation du sacré : la dignité de l'humain» (1998) not yet published; H.P. Glenn, «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 39 R. du B. 879; P.A. Molinari & P. Trudel, «Le droit au respect de l'honneur de la réputation et de la vie privée : aspects généraux et application» in *Formation permanente du Barreau du Québec, Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (Cowansville, Que. : Yvon Blais, 1988) 197.

something about this conclusion that is annoying to the sensibilities. The slap clearly constitutes an interference with one's physical person; it is also a violation since no consent was given by the person slapped. I suggest that this is the notion of inviolability, an intermediate right between the right to integrity and the right to dignity. Mere non-consensual interference with another in either a physical or emotional manner could be what defines a violation of the right of inviolability. Unfortunately, there is no doctrine or case law on this topic. It is therefore possible to violate one's right to inviolability without harming one's right to integrity. On the other hand, violating one's right to integrity without violating one's right of inviolability does not seem possible.

In summary, a violation of the right to integrity is an interference with one's physical (tangible) or moral (intangible) state of being intact. *St-Ferdinand* has held that this interference must result in the person being perceivably less whole. I remain skeptical as to whether the right to integrity should be read to designate a right to inviolability in all circumstances. The right to integrity distinguishes itself from the right to inviolability in that the right to inviolability is the right to not have interference with one's person. While the right to integrity is violated when one becomes less intact, a person's right to inviolability has a lower threshold of violation.

Dignity

Again, it is *St-Ferdinand* that provides the current state of the law. Madam Justice L'Heureux-Dubé's analysis presents a just appreciation of the right to dignity. Based on an examination of the ordinary meaning of the word and of cases dealing with dignity in both Quebec and Canadian Charter jurisprudence, she concludes that :

s. 4 of the *Charter* addresses interferences with the fundamental attributes of a human being which violate the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being and the respect that a person owes to himself or herself.⁴⁶

46. *St-Ferdinand*, *supra*, note 30 at 256.

This definition sets forth some very important general principles. First, it implies that the first step to deciding if the right to dignity has been violated is to determine whether there has been interference with a fundamental attribute of the person. The meaning of a fundamental attribute of the person is not explicit in the decision. With respect to the specific case of mentally disabled persons, Madam Justice L'Heureux-Dubé appears to interpret the need for care as a fundamental attribute, although she does not say so expressly. Because this need for care was disregarded, the respect to which the patient was entitled as a human being was not accorded. As dignity is the violation of respect owed to each person merely because he is a human being, Madam Justice L'Heureux-Dubé was able to draw the conclusion that the dignity of the patients had been violated. The holding in *St-Ferdinand* suggests that fundamental attributes can be appreciated in light of the particular person situated in a specific context (e.g. a mentally disabled person). In this way, fundamental attributes can be interpreted to include not only the more universal characteristics of human beings such as life but also those that are specific to a particular group. It may even extend to specific characteristics of an individual.

A further general principle advanced in *St-Ferdinand* is that dignity incorporates both an internal and an external component. The internal component relates to the respect merited by a human being from others simply because the person is a human being, while the external component denotes one's self-respect including his sense of pride and honour⁴⁷. *St-Ferdinand* suggests that both components are normally to be considered and that in cases where the person is unable to appreciate his worth as an individual, the internal component must be given precedence. In *St-Ferdinand*, this meant that the fact that the patients may not have been able to appreciate that their dignity had been violated was of no consequence in determining that the violation had occurred⁴⁸.

The wording of the Charter and doctrinal writings mirror the principles enounced in *St-Ferdinand*. The preamble of the Charter indicates that respect

47. *St-Ferdinand*, *supra* note 30 at 254.

48. One wonders if an objective appreciation would also be used in a situation where the person is able to appreciate his own worth as an individual but refuses to do so.

for human dignity is the underlying principle that informs all of the Charter rights. It reads :

...Whereas all human beings are equal in worth and dignity,
and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and
recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of
justice and peace;..

This reflects Madam Justice L'Heureux-Dubé's assertion that the respect that every person is owed because he is a human being must be accorded. Similarly, France Allard, speaking of dignity as it is found in Quebec Civil law, states :

Le droit québécois aborde la dignité humaine de deux manières fort différentes. La première, celle que l'on rencontre le plus souvent dans la jurisprudence, est celle de la dignité humaine telle qu'elle est protégée par l'article 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Dans l'optique de l'article 4, la dignité humaine se rapproche du sentiment d'honneur, elle protège la personne, à titre de droit, contre un sentiment de déshonneur, d'angoisse et de honte, de dégradation ou d'asservissement. La seconde, qui se rattache à la limite d'ordre public, relève d'un autre ordre, celui-là transcendant, qui n'appartient à personne en particulier, mais à tous. C'est la dignité au sens des préambules de différentes déclarations internationales et de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Cette notion de dignité vise la protection de l'idée abstraite de l'humain que chacun représente. Elle cherche en quelque sorte à assurer la survivance de l'humanité en protégeant chacun contre le sentiment de dégradation, d'infériorisation, d'avilissement ou d'exploitation que chacun peut vivre par la négation de l'autre, représentation de soi.⁴⁹

49. Allard, «Délimitation», *supra* note 45 at 21-22.

iii) Sexual Harassment properly conceived as an affront to dignity as opposed to integrity

Once the rights of integrity and dignity are outlined, it becomes clearer why, of the two, interference with dignity is a more appropriate basis for sexual harassment claims. Whereas a violation of the right to integrity involves the person's state of wholeness being attacked and dismantled in some piecemeal fashion, a violation of the right to dignity involves an attack on the person's fundamental core.

Put another way, a loss of integrity can be seen as the chipping away of the person — the loss or harm to a physical body part in the case of physical integrity or the loss or harm done to one of a person's intangible qualities, such as one's reputation, in the case of moral integrity. The injury to one's dignity is to the person's fundamental core or essence as a human being. The chipping away of the person's body represented by the classic, industrial revolution type scenario where a worker's appendage is physically mutilated by a machine or the more modern-day scenario where the constant daily stress of repetitive work causes a nervous breakdown, has little similarity with the incident of sexual harassment. In the former cases, harm is first and foremost done to the person's integrity — it is some aspect of her wholeness such as her physical person or her mental state that is attacked or interfered with. In the latter case of sexual harassment, the person is primarily attacked at her core through mere, if not blatant, disrespect for her as a human being.

Under the AIAOD, sexual harassment is treated as any other workplace industrial accident but it is very unlike other workplace industrial accidents. There may be physical or psychological after-effects of sexual harassment that affect the victim's integrity but even if such after-effects exist, they will always be secondary to the harm done to the victim's dignity. It is in this light that Chief Justice Dickson's definition of sexual harassment in *Janzen v. Platy* emerges as a just and apt appreciation of the problem. He asserts :

Sexual harassment is a demeaning practice, one that constitutes a profound affront to the dignity of the employees forced to endure it. By requiring an employee to contend with unwelcome sexual actions or explicit sexual demands, sexual harassment in the workplace attacks

the dignity and self-respect of the victim both as an employee and as a human being.⁵⁰

III- Modifying the AIAOD

i) Practical Problems, Proposed Reform

On a practical level, problems exist which act as barriers to compensation for sexual harassment victims. These problems relate to the use of loss of integrity as the sole determining factor of compensation, coupled with the burdens and methods of proof used by the tribunals in deciding whether to compensate. They could be alleviated if the detrimental effects to the claimant's dignity were considered as well. Allowing compensation for the affront to dignity avoids the *Béliveau* problem : the worker for whom the after-effects of sexual harassment is deemed an employment injury, who receives compensation under the AIAOD and who is thus precluded from suing under the Charter will be able to recover some compensation for the injury to the right to dignity which the harassment has caused her. In holding that the bar to claims in civil liability presented by section 438 of the Act encompasses claims under the Charter, the majority in *Béliveau* may have overlooked that the partial, lump sum payment offered by the AIAOD is not aimed to account for interferences with dignity and that sexual harassment is a unique type of industrial accident in which it is the worker's dignity that is first and foremost affected. If the victim who is compensated by the AIAOD cannot claim for damages under the Charter, she will be precluded from any compensation for the affront to dignity she has suffered. Compensating for dignity therefore also renders the award more true. The damage award will reflect the affront to the person's dignity, the primary harm done in an incident of sexual harassment as opposed to just impairment, the secondary harm done.

It is currently a difficult and arduous process to prove loss to one's integrity after sexual harassment. As the case law stands, only claimants with the clearest of claims can successfully obtain compensation under the AIAOD.

50. *Janzen v. Platy*, [1989] 1 S.C.R. 1252 at 1284.

These claimants, usually women, generally have nothing else occurring in their lives that could have caused the stress⁵¹ or they have very minor troubles in their distant past such as an isolated incident of being molested as a child⁵². If the stress or stress-related injury can be traced to a cause other than the workplace sexual harassment, the worker will not be compensated. The worker is thus required to undergo extensive examinations. In *Supermarché Ste-Julie inc. et Lebouthillier et CSST*⁵³, for example, Ms. Lebouthillier was examined by a total of four doctors for compensation of a 5% anatomophysiological loss in the form of a minor neurosis. The first doctor was the one she chose. He referred her to a psychiatrist. After that, both the employer and the CSST requested that she see a psychiatrist of its respective choice.

Not only are these examinations potentially numerous they are also extremely intrusive. Every aspect of the woman's life is examined by the doctors —her family life, her upbringing and even her cultural adaptation. This information is then examined again by the Commission, often at a hearing, in its determination of whether the injury was a result of the harassment and of the appropriate award to be given. The CALP decision of *Phuong Dung et Granby inc.*⁵⁴ presents an example of how intrusive these examinations can be. In the written judgment, the reported facts include an excerpt from the notes of Ms. Phuong Dung's psychiatrist. In examining the other events occurring in Ms. Phuong Dung's life which may have caused her stress in addition to or instead of the alleged sexual harassment at work, the tribunal accepts the psychiatrist's evidence of conjugal problems and of difficulties in adapting culturally. The psychiatrist had noted :

...Elle [Ms. Phuong Dung] a des fortes aspirations universitaires tandis que le mari est un ouvrier. Il semblerait que selon sa culture, elle devrait renoncer à cet avancement, cette émancipation.

-
51. *Desroches et Gestion Réaction Extra*, C.A.L.P. 81815-60-9608; *Corporation Urgence-Santé et Yasvinski*, C.A.L.P. 65354-60-9501.
52. *Supermarché Ste-Julie inc. et Lebouthillier et CSST*, C.A.L.P. 67355-62-9503, 72694-62-9508.
53. *Ibid.*
54. C.A.L.P. 46004-60-9210.

...En effet, Asiatique et Vietnamiennne de naissance elle a grandi, s'est développée à un moment où ce pays d'Asie était balayé par la pensée occidentale et bouleversé par la guerre. Elle semble vouloir plutôt s'identifier à la femme blanche, occidentale, progressiste qu'à la personne dont ethniquement elle est apparentée⁵⁵.

One's cultural adaptation need not enter the analysis to compensate for sexual harassment. Indeed, it is a bit disturbing that a tribunal should be allowed to make its decision to compensate based in part on something as subjective as a worker's perceived cultural adaptation. If dignity were used as a deciding factor this process could be made less intrusive for the worker. An affront to dignity can essentially be decided on the facts of the case. Once it has been determined that the incident constitutes sexual harassment and that the worker was the victim, it is undeniable that her dignity has been harmed. This dignity is her internal dignity, the respect she is owed because she is a human being. No concern for the pre-existing condition of the person would enter the analysis because irrespective of the person's condition before the incident, so long as she is human she has dignity that must be respected.

The way in which dignity should be introduced as a practical matter is a more difficult question. As one option, section 83 of the Act could be modified to offer the worker, in addition to what it already provides, a fixed but indexed amount in cases of sexual harassment. This lump sum would serve to represent the harmful effects to dignity that the worker has experienced. Since it is the internal dignity with which we are concerned, that is, the dignity that every person is owed merely because she is a human being, a fixed lump sum for all sexual harassment victims would be acceptable. This lump sum would not compensate the worker for the full amount of the damage suffered to her dignity; however, compensating for less than the full amount of the injury suffered fully accords with the philosophy of the worker's compensation regime. In the spirit of compromise, the regime aims to provide a type of insurance, it is not meant to compensate the worker in full.

55. *Ibid.* at 14-15.

Under this proposed modification, the additional lump sum would be awarded in sexual harassment cases that are successful under section 83 as it currently exists. In cases where the claimant fails to show loss of or interference with integrity under section 83 but where it is clear that sexual harassment has taken place, dignity could also be used as a basis for awarding the lump sum or other types of compensation like time away from work. Though this solution may not serve to prevent the examinations from being numerous or overly intrusive, it would ensure that workplace sexual harassment victims are not precluded from all compensation due to other events happening in their lives. A further positive aspect of this modification is that it does not greatly modify the purpose of the Act. The Act still serves to compensate injury caused by workplace incidents but at the same time reconceives the notion of injury so that it encompasses the affront to dignity that exists in incidents of workplace sexual harassment.

A disadvantage of the proposed modification is that it may entail giving the worker a monetary sum while she remains at a workplace where no obligation has been imposed on the harasser or employer to end the sexual harassment problem. This raises difficult moral and philosophical issues and makes us wonder if the CSST should be dealing with sexual harassment claims at all. If it becomes common for workers to receive compensation for sexual harassment without any obligation on the part of the harasser or employer to solve the problem, the message sent to society is that sexual harassment in the workplace is acceptable so long as money is paid to the victim. The situation may encourage the normalization of the incidence of sexual harassment at the workplace. The QHRC's mandate, by contrast, involves introducing measures in the workplace to ensure that the interference with the right is stopped. I note that while the Supreme Court in *Béliveau* dealt with compensatory and exemplary damages, it did not address the right to have the violation stopped which is also granted under section 49 of the Charter. Possibly, this means that a request to have the harassment stopped could still be brought to the QHRC and that the threat of normalization is not a strong one.

A significant advantage to claiming through the CSST is that the worker can receive time away from work. For the worker, this may mean time away from her harasser. As well, the monetary compensation she will receive while off work will come much more quickly than a judgment award through the

QHRT or the regular courts. Moreover, many victims do not wish to deal with the stigma and difficulties that are often associated with suing an employer or co-worker for sexual harassment. Women who sue can attract the reputation of a troublesome employee and experience difficulty finding future employment because of this reputation. Sexual harassment can also be difficult to prove. Factors such as these could be very important to the claimant and should be respected. In fact, so long as the claimant is told of the advantages and disadvantages of claiming through each of these systems and makes an informed choice, this choice should be respected. The CSST should therefore be obliged to advise all workplace sexual harassment victims of their option to seek action through the QHRC or the courts (whether or not the worker has suffered impairment). It should also be required to inform them of the fact that obtaining compensation through the worker's compensation regime means renouncing the option of suing the employer later for full compensation for the injury caused to their extrapatrimonial rights. To help ensure that an obligation will be imposed on the employer or harasser to stop the harassment, the CSST and QHRC could perhaps work in collaboration. Overall, the advantages outweigh the disadvantages. From a practical and philosophical viewpoint, it is worth offering compensation for dignity through the AIAOD.

The next question we need to address is whether the Act can support this proposed modification. An examination of the ways in which the objectives and attributes of the Act have grown since its creation in 1909, indicates that the Act is capable of supporting this change. At the same time, in light of the recent movement towards becoming a social security Act (that is, one that only indemnifies for injury only to the extent that it allows the worker to maintain lost revenue), importing compensation for loss of or interference with dignity will present a change in orientation to the Act's evolution – a change in orientation which nevertheless provides a link to the Act's traditional roots.

ii) History and Evolution of the Worker's Compensation Regime in Quebec — the Act's capacity to support the modifications proposed

As it currently stands, the AIAOD does not provide compensation for the harm to dignity suffered by sexual harassment victims in the workplace. One way to determine whether the Act can support a modification through which the

dignity of the victim can be considered is to examine the major changes made to the objectives and defining aspects of the Act since its inception to see if similar or analogous modifications to the one proposed have been made. In this section, I first set out the circumstances leading to the Act's creation in 1909. I then examine the evolution of the Act's aims and objectives in three phases⁵⁶. The three phases centre around the years when the most major modifications were made to the Act — 1909, 1931 and 1985. I conclude that, except for the period from 1985 to present, the changes made in each phase reflect a definite movement toward considering the employee as a human being instead of merely a worker. This trend seems to be an indication that considering the dignity of the employee is not completely outside of the Act's realm. The 1985 modifications show a step backward. The minimal amounts awarded and the length of time for which they are awarded, make the employee seem less valued as a human being than as a tool of production.

The First Act Respecting Workplace Accidents in 1909 and the Situation Prior to it

Much work has been done on the legal recourses available to workers prior to the first Act respecting workplace accidents in Quebec⁵⁷. These texts focus on the problems caused by the doctrine of civil responsibility for both the workers and the employers. In our case, it may be beneficial to shift the focus : instead of concentrating on the shortcomings of the civil law system, let us attempt to examine how the worker was perceived at that time. Why was he protected? Was his protection seen merely as a means of keeping the industry running? To what degree did the Act aim to protect his human rights generally, and his rights to dignity and integrity specifically? We must ask these questions, however, while still remaining within the context of the compromise that was established. In other words, while focusing on the worker, we must not lose sight

56. See K. Lippel, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité : analyse historique et critique* (Montreal : Thémis, 1986) for an in-depth study of the modifications to the law that occurred during these three phases.

57. For example, Lippel, *ibid.*, E. Lafontaine, «Le régime légal des accidents du travail devrait-il être modifié?» (1895) R.L.N.S. 67, E. Lafontaine, «Comment modifier notre régime légal des accidents du travail?» (1895) R.L.N.S. 409, J. C. Lamothe, *Responsabilité du patron dans les accidents du travail* (Montreal : Carswell, 1905).

of the fact that the regime was established to benefit both the employee and the employer.

Prior to the first Workmen's Compensation Act, workers who were injured at the workplace could only sue their employer using the general system of civil liability. This caused them significant hindrances. These obstacles stemmed from the fact that it was necessary to prove the employer's fault in order to succeed, whereas, in the majority of cases, the immediate cause of the accident was impossible to determine⁵⁸. If the accident could indeed be proven, another difficulty arose in convincing co-workers to testify as witnesses against the employer. Co-workers were often understandably hesitant to speak out against the employer. Many times, the accidents suffered by workers were devastating and forced them to leave the workforce. As the worker was usually the husband and supporter of the family, if the legal suit was unsuccessful, his family was left to suffer⁵⁹.

These suits in civil responsibility also had potentially disastrous effects on the employer. The slightest degree of fault led to a finding of liability by the courts. Employers were found to be at fault for not providing the proper safeguards to prevent the accident⁶⁰, such safeguards included the safest equipment no matter how expensive or unusual⁶¹. They were also held responsible for not doing all within their power to protect the worker against the accident, including safeguarding him against his own carelessness⁶² and the carelessness of his co-workers⁶³. As a consequence, employers found

58. See Lippel, *ibid.*, Lamothe, *ibid.*, and Lafontaine, *ibid.*

59. See Globensky, *Report of the Commission on Labour Accidents* (Montreal : 1908).

60. *Brown v. Leclerc* (1893), [1894] 22 S.C.R. 53. See generally on the fault of the employer K. Lippel, *supra* note 56 at 17-23 and Globensky, *ibid.* at para 50.

61. *Durant v. Asbestos & Asbestic Co.* 19 R.J.Q. 39 (S.C.). See Lippel, *ibid.* and Globensky, *ibid.*

62. *Ibbotson v. Trevethick* (1893) 4 C.S. 318 at 320. See also *St-Arnaud v. Gibson* (1898) 13 C.S. 22.

63. See *R. v. Fillion* (1894), [1895] 24 S.C.R. 482, *R. v. Grenier* (1899), [1900] 30 S.C.R. 42 and Lamothe, *supra* note 57 at paras. 110-119.

themselves faced with excessive damage awards as well as innumerable court costs⁶⁴.

In 1907, the Globensky Commission, comprised of a group of three commissioners, was appointed by the Quebec government. The Commission's mandate was to canvass the opinions of employers and employees in Quebec, to study the laws and jurisprudence of other countries concerning workplace accidents, and ultimately, to make recommendations to the Quebec Government as to a more equitable system for indemnifying workplace accidents. The Commissioners' report formed a fundamental source of the workmen's compensation law eventually adopted. In reaching the conclusion that a law should be enacted that would entitle accident victims to compensation at the expense of the employer, the Commissioners contemplated not only the economic aspects of the problem but the humanitarian ones as well. In the report, they assert that «[h]uman life is so valuable that it cannot be placed on the scales with a question of costs, however considerable these may be, when the question is to prevent an accident»⁶⁵. Expanding on this theme, they note the humanitarian, Christian and social principles that incited the worker's compensation laws in Germany and England :

Outside of the economical point of view, such a law could be justified by the humanitarian principles which have induced Germany and England to adopt compensation measures. It would also find its justification in the application of the principle that it behooves the State to insure the welfare of the working classes by protecting them against accidents and by granting them some resources when they are victims of those accidents.⁶⁶

In Germany, it was believed that the state had a duty toward its poorer classes. This duty was imposed by humanitarian and Christian principles and also by a policy by which, the government felt, it was necessary to impress upon the greater masses that the state was a beneficent one.

64. Globensky, *supra* note 59.

65. Globensky, *ibid.* at para 51.

66. Globensky, *ibid.* at para 61.

Similarly, British politicians had declared England's worker's compensation law to be «founded on a great human principle and on public interest»⁶⁷. The English law aimed to «save from ruin and misery thousands of workmen when victims of accidents» and was based on the dual principles that a worker had a right to reasonable compensation when injured in the performance of his duties and that such compensation was a charge on industry, similar to the repair of a piece of machinery⁶⁸.

This discussion about founding the new law partly on humanitarian principles seems to indicate that there was a genuine concern for the employee's fundamental rights to life, dignity and integrity in addition to his economic and social rights to work and to have his family supported when he was injured and therefore unable to work. Yet, at the same time, this humanitarian desire presents a paradox. It is not clear if the worker is being saved out of respect for the dignity that every human being is entitled or because he is viewed as a means of keeping the industry running — a machine. This paradoxical metaphor of humanitarian desire to save the man as a machine is repeated more than a few times in the various analyses of the problem published during this time period. The English law to which the Commissioners refer (cited above) equates the human worker to a piece of machinery in order to justify the cost of compensation being paid by the employer. Another example is found in the theory of contractual liability, which was one of the three ways that an employee could sue his employer in civil responsibility prior to the creation of the workmen's compensation regime⁶⁹. It too aimed to protect the worker and justified this protection by reifying him. The theory underlying a claim based in contract was that the employment contract between the employer and the worker imposed an implicit obligation on the employer to protect its employees from accidents. The scope of this obligation was exhaustive : the employer's duty was nothing less than one to guarantee the absolute safety of the worker. J.

67. Globensky, *ibid.* at para 63.

68. Globensky, *ibid.*

69. An injured worker could take suit against his employer in contract, in delict (subjective liability) or in delict based on objective fault. See generally, J. C. Lamothe, *supra* note 57 and F. Lord, *Le risque professionnel : Ouvrage théorique et pratique* (1919).

Cléophas Lamothe, in describing the theory as it was developed by its Belgian founder, Saintelette, asserts :

D'après M. Saintelette, la responsabilité du patron, résultant du contrat de louage, consiste à garantir la parfaite sécurité de son ouvrier. *Il est tenu aux termes du contrat de le rendre à lui-même en aussi bon état qu'il l'a reçu, comme le locataire doit remettre la chose louée dans le même état qu'il l'a reçue, et comme l'entrepreneur de transport qui doit livrer intacte la chose qu'on lui a confiée.*⁷⁰

If the employee was seen as more than merely a worker in the early 1900s, and if the worker's compensation regime was created out of any concern at all for him as human being, it is not altogether clear that this humanitarian concern completely represents a concern for his human dignity. The principal research report leading to the creation of the law and the theory of contractual liability used at that time suggest that dignity, understood as the respect of the human being simply because he is a human being, may not have been contemplated during the Act's creation. It may merely have been the fact that he kept industry running that the worker was protected.

Interestingly, the concern for the worker as a human being as seen in both the Globensky report and the theory of contractual liability, whether or not it embodied a right to internal dignity as we understand it today, seems to have taken a secondary role once the Act was adopted. Three months following the Globensky report, Taschereau, in the debates of the National Assembly, described the soon to be enacted Workman's Compensation Act in the following manner :

La loi que nous nous proposons de présenter est calquée sur les lois anglaise, française et belge, ne donnant pas tout ce que les ouvriers demandent, mais accordant plus que ce que les patrons voudraient donner....

Il espère qu'avec le temps on pourra aller plus loin et créer l'assurance d'État pour les ouvriers. En Allemagne cette assurance donne des résultats merveilleux.

70. Lamothe, *ibid.* at 18 [emphasis added].

*Pour le moment la loi va surtout s'appliquer à éviter les
procès entre ouvriers et patrons et à régler les réclamations à
l'amiable.*

*À l'heure actuelle, le gouvernement ne peut pas forcer les
patrons à assurer leurs employés, mais l'on désire s'assurer que dans
les cas d'accidents graves ou fatals, il y ait une rémunération
suffisante pour la survie des femmes et enfants d'ouvriers*⁷¹

The primary aim was therefore to solve disputes without animosity and to provide financial support for the injured worker's family.

The first decade of judgments following the law's adoption developed the aims and objectives of the law. However, it was not altogether clear how the rights of integrity and dignity fit into the regime. The object of the law was not expansively set out in the 1909 Act. Indeed, the only indication of the Act's purpose was found in its title which stated that it was an «[a]ct respecting the responsibility for accidents suffered by workmen in the course of their work, and the compensation for injuries resulting therefrom». Section 2 of the Act tells us that a rent based on the worker's wages would be paid in cases of incapacity but it is through judicial interpretation that this was established to mean that an injured worker would receive compensation for injury resulting only if it resulted in a diminished capacity to work. For example, in *Cater v. Grand Trunk Railway*⁷², decided two years after the law's adoption, it was stated as a general principle that the compensation provided under section 2 of the Act was only for those whose capacity to work was reduced as a result of the injury. In addition to showing reduced capacity, the worker had to demonstrate that his incapacity to work would result in reduced revenue⁷³. Similarly, in *Giguère v. Frechette*, decided the same year, the Superior Court held that the fact that the plaintiff's hand had been mutilated to the point of being unrecognizable had nothing to do with determining the appropriate compensation to be awarded⁷⁴. One last example deals with a young worker who lost the tips of his index and

71. Quebec, Legislative Assembly, *Débats de l'Assemblée législative* (4 March 1909) at 49 (L.A. Taschereau) [emphasis added].

72. (1912) 18 R de J. 27.

73. *Ibid.*, at 31.

74. (1911) 40 C.S. 37 at 42.

middle fingers while working on a defective machine. He tried to claim special damages because the injury had hindered his career as a flutist—he was an amateur flutist in an orchestra. The Court held that «the only earnings of the plaintiff that could ... be taken into consideration in estimating the amount of compensation due to him under the ... Act are [sic] the actual remuneration ... from his employment... no account can be taken of what he may have earned in his leisure time»⁷⁵. As Professor Lippel notes, this ruled out compensation for loss to enjoyment of life as well⁷⁶.

Read together, these examples seem to suggest that it was not for the fact that the worker suffered injury nor for the total amount of the injury he suffered that he received compensation⁷⁷. Rather, compensation was received merely for the reduction of his capacity to work. Relating this to the notion of integrity, it would appear that although the Act provided compensation for the loss of wholeness that the worker suffered, it was only because this loss of integrity represented revenue lost. As illustrated by the case of the flutist, the loss of integrity would only be compensated for the degree to which it caused a loss of revenue. Moreover, only loss of physical integrity would be considered by the courts.

It would thus seem that concern for the worker merely because he was a human being was not the principal focus of attention once the regime was put in place. But other aspects of the worker's compensation regime tell us that this perception is not entirely true. Under the Act, the beneficiary was entitled to a lifetime rent⁷⁸. The generosity of the legislation at the time, especially compared to its most current version, demonstrates a concern for the worker that goes beyond merely bringing him back to work. Although the amount paid represented only a portion of the injury suffered, the fact of offering a lifetime rent shows concern that the worker have money to somehow ease the suffering resulting from the accident and to maintain his family. This concern becomes

75. *Dufour v. Metal Shingle Siding Company* (1920) 58 C.S. 268 at 269-70.

76. Lippel, *supra* note 56 at 82.

77. To the degree that loss of integrity can be indemnified by the monetary compensation awarded through the *droit commun*.

78. *Act Respecting the responsibility for accidents suffered by workmen in the course of their work, and the compensation for injuries resulting therefrom*, S.Q. 1909, c. 66.

even more evident when we consider the fact that the worker did not have to prove economic hardship in order to receive this compensation.

In summary, the first decade following the Act's creation was a period during which the Act's objectives were established by the Courts. Although it may not appear at first glance that the worker's integrity was being protected for any reason other than to save him from losing revenue, if we keep in mind that the indemnity was a lifetime rent and the fact that the employee did not have to prove that he was under financial hardship in order to receive this indemnity, it becomes clear that consideration of the worker as a human being must have played some role in the legislature's reasons for indemnifying the worker.

Modifications between 1926 and 1985

This time period shows a clearer movement towards greater recognition of the employee as a person whose dignity was respected as opposed to merely a worker. Three major modifications that occurred during this time period are : a) the Act allowed compensation for industrial diseases in addition to industrial accidents⁷⁹, b) the Act provided rehabilitation for an injured worker not only to bring him back into the workforce but also to facilitate his return to normal life and his reintegration into society⁸⁰ and c) the law's field of application became progressively wider, providing for more industries and workers⁸¹.

These modifications were made after the government received the results of a commissioned inquiry into the functioning of the Act. Repeating history, the Quebec government once again took an active approach to inquiring into the ways in which the current version of the Workmen's Compensation law could be improved. In 1923, it appointed five commissioners to look into the working conditions in Quebec as they relate to the compensation regime and to

79. *Workmen's Compensation Act 1931*, S.Q. 1931, c. 100, s. 2(l) and schedule 3.

80. *An Act to amend the Workmen's Compensation Act and other legislation*, S.Q. 1978, c. 57, s. 31.

81. See *Workmen's Compensation Act 1931*, S.Q. 1931, c. 100, ss. 70, 77, *An Act to amend the Workmen's Compensation Act and other legislation*, S.Q. 1978, c. 57, s. 2 and *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, S.Q. 1985, c. 6, ss. 7, 8.

specifically examine the how compensation is determined and how this determination could be improved⁸². This Commission, commonly known as the «Roy Commission» was composed of the President, Ernest Roy, who represented the government, two commissioners who represented the interests of employers and two representing the interests of Quebec workers affected by the regime. The Commissioners set about their task by first sending questionnaires to organizations of workers, employers and other interested groups such as insurance companies⁸³. Forty-nine hundred questionnaires were sent out and a large number of them were answered by letters providing detailed recommendations and/or a *projet de loi*. It then held public consultations in six cities across the province.

The Roy report is absolutely fascinating. A significant number of the written responses sent by the worker and employer organizations are reproduced in full. We are thus able to examine the concerns of the workers and to see how the law was adapted to accommodate them. The principal humanitarian concerns raised by the workers can be divided into three major themes that demonstrate a desire to protect human dignity. First, the workers sought to be indemnified not only for workplace accidents but also for industrial diseases. Second, most sought greater monetary compensation for the injured worker. The amount of compensation given at the time was not enough to bring the worker back to full health or to keep his family out of poverty. Third, the workers sought means of encouraging the employer to prevent the accidents that occurred in the workplace. Interestingly, in the modifications to the Act that took place between 1926 and 1931, provision was made for all of these humanitarian concerns except for means of preventing accidents in the workplace. A lifetime rent was also extended to invalid widowers and widows with certain exceptions⁸⁴. The compensation offered thus became more concordant with the injury suffered. In summary, this second phase was an era

82. *Report of the Investigation Commission on the Compensation in Labor Accidents* (Quebec : 1925) at 3 [hereinafter «Roy Report»].

83. At that point in time, the employer was responsible for paying the indemnity costs personally. There was no collective fund as there is today. Often employers contracted with an insurance company which paid the indemnity in their place. This was acceptable under the law. See Roy Report *ibid.*, at 4.

84. See *Workmen's Compensation Act 1931*, S.Q. 1931, c. 100, s. 34.

during which the changes made to the Act, by their very nature, seem to indicate greater respect for the human side of the worker.

1985 to present

During this phase, the Act generally moved from one that compensated for injury suffered to one where the indemnity provided aimed primarily at bringing the employee back to work. Unlike all of its predecessors, the current legislation awards no lifetime compensation. Instead, the worker is merely awarded the difference between what she earned before the accident and what she would be earning if working at a job for which she is suited. The worker who returns to work loses all compensation, even if she continues to suffer from after-effects of the injury⁸⁵. The progressive concern for the dignity of the worker, established in the legislation over the years has thus taken a considerable step backward. As Katherine Lippel notes, the most recent version of the AIAOD has strong characteristics of a social security Act as opposed to one truly aimed at compensation⁸⁶. Inserting a dignity criterion for sexual harassment cases may, to a certain degree, run counter to the current evolution of the Act. However, the lump sum amount awarded would not aim to fully compensate the victim for the dignity lost. Similar to the amounts currently awarded for loss of integrity, the lump sum for dignity would also be symbolic. Furthermore, providing a dignity award would establish a link between the traditional aims of the regime (partial compensation for injury suffered) and the new goals of the Act (maintenance of revenue).

In summary, many of the major reforms since 1926 suggest a move toward greater recognition of the moral rights and dignity of the worker. In light of this trend, I think that Act could support a modification allowing partial lump sum compensation for the affront to dignity caused by sexual harassment.

As an additional note, looking outside of the Act to the Civil law of Quebec more generally, a definite movement involving placing the person and

85. See Lippel, *supra* note 56 at xvii-xviii.

86. *Ibid.*, at xviii.

personality rights at the centre of the law has taken place. This legal shift in emphasis has occurred over the past three decades. It is most predominately evidenced by the adoption of the Quebec Charter in 1975 and the reform of the Civil Code of Quebec. In 1994, the Code became one where the Book of Persons became much more detailed and which announces in its preliminary disposition the primacy of the Quebec Charter⁸⁷. This new ideology promoting respect for the person has manifested itself in smaller ways as well. We have witnessed the proliferation of laws created to protect those with less than full legal capacity including the *Mental Patients Protection Act*⁸⁸, and the *Youth Protection Act*⁸⁹. Similarly, the year 1971 saw the codification of respect of the person's inviolability⁹⁰. Reforming the AIAOD so that it respects the dignity of the individual can not only be supported by the Act's historical evolution, it is also change that is much in keeping with the modern ideology of the Quebec Civil law.

IV- Conclusions

The jurisprudence is now clear that a worker cannot claim for moral damages under the Charter further to an incident sexual harassment if the same incident has given rise to an employment injury that has been indemnified under the AIAOD. In light of this fact, and given that there are definite advantages to making a claim under the AIAOD, it becomes necessary to examine possible ways of providing victims who choose to claim under the AIAOD with compensation that acknowledges the moral injury suffered. One such way is to introduce changes to the Act that recognize the affront to dignity that sexual harassment poses.

87. For interesting discussion of this topic see : J. Pineau, «La philosophie générale du nouveau code civil du Québec» (1992) 71 Can. Bar Rev. 423; Deleury & Goubau, *supra* note 43 at xxxi-xxxii and É. Deleury, «Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet du droit» (1972) 12 C. de D. 529.

88. R.S.Q. c. P-41. Replaced by the *Act respecting the protection of persons whose mental state presents a danger to themselves or to others*, R.S.Q. c. P-38.001.

89. R.S.Q. c. P-34.1.

90. *An Act to again amend the Civil Code and to amend the Act to abolish civil death*, S.Q. 1971, c. 84.

As a first step, the CSST should be obliged to tell all workers who are victims of sexual harassment at the workplace of their option to take action under the *droit commun* through the QHRC or in the regular court system and the advantages of doing so. The CSST should give this advice before the claim for sexual harassment is accepted so that the worker is aware that bringing a claim to the CSST precludes her from receiving full compensation, including compensation for moral injury under the Charter later on⁹¹.

If the worker then chooses to pursue her claim at the CSST (which she may do, given that she will likely receive compensation sooner and time away from the troubling work environment), a monetary award should be given for the affront to dignity that the incident of sexual harassment has caused her. In keeping with the aim of the worker's compensation regime to provide a type of insurance instead of full compensation for the injury suffered, this lump sum would represent less than the full amount of the injury suffered. It could be given in successful claims under section 83. Moreover, in cases where loss of or interference with integrity cannot be successfully demonstrated under section 83 but sexual harassment has clearly occurred, dignity could be used as the basis for awarding the proposed lump sum or other types of compensation like time away from work. Currently, the AIAOD provides compensation only for the loss of integrity that the worker suffers as a result of sexual harassment. For sexual harassment victims, this loss of integrity usually manifests itself in the form of stress or a stress-related injury like depression. As the causal link between the harassment and the injury must be strong for the worker to successfully bring a claim, workers who have suffered other stressful events in their lives may find it difficult to recover. The extensive and intrusive examinations of the Commission have led to workers being refused compensation because of its determination that the injury was caused by other events in the worker's life, not the harassment. Providing a fixed, indexed amount for dignity will ensure that victims of sexual harassment are not being precluded from all recovery, especially those victims with traumatic personal histories. The question of whether to award the lump sum will turn on the factual question of whether

91. Once the appeal in *Genest* has been decided and the additional situations in which a victim of sexual harassment will be precluded from Charter damages have been established, it will be easier to determine the stage at which and to whom this advice should be given.

sexual harassment did indeed occur. Furthermore, an award for dignity addresses the fact that it is an affront to dignity, not integrity, that is the first and foremost result of any incident of sexual harassment.

A review of the history of the AIAOD, specifically, the degree to which dignity was contemplated during its creation and the growing place it has come to occupy throughout the Act's legislative growth over seventy-five years, suggests that the Act can support this modification. Such a modification is also very much in keeping with the development of Quebec Civil law which, over the past three decades, has increasingly placed central emphasis on the person and personality rights. However, given that the Act has become one of social security which primarily aims to maintain the worker's revenue, inserting a symbolic lump sum for loss of or interference with dignity would alter the course of the Act's evolution.

Nevertheless, in light of the practical advantages that encourage victims to seek compensation at the CSST, such as time away from the harasser and the possibility that the situation will remedy itself so that the stigma and difficulties related to suing can be avoided, I think the factors that may push a worker to choose to make a claim under the CSST should be respected. As well, since sexual harassment is a unique industrial accident in that it affects primarily the dignity of the worker instead of her integrity and given the bar to recovering moral damages under the Charter, the Act should acknowledge and compensate the affront to dignity suffered.

Overall, introducing compensation for the affront to dignity that sexual harassment causes into the AIAOD is an option that would be advantageous to workers, both from a philosophical and practical standpoint. It is also a modification that could be made to fit into the current and constant evolutions of the Act and the Quebec Civil law.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DÉRIVE DE L'INDIVISION VERS LA SOCIÉTÉ : QUAND L'INDIVISION SE CONJUGUE AVEC LA SOCIÉTÉ

Auteur(s) : Charlaine BOUCHARD, Lucie LAFLAMME

Revue : RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : 317-349

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12362>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12362>

Page vide laissée intentionnellement.

LA DÉRIVE DE L'INDIVISION VERS LA SOCIÉTÉ : QUAND L'INDIVISION SE CONJUGUE AVEC LA SOCIÉTÉ

par Charlaïne BOUCHARD*
Lucie LAFLAMME**

La réforme opérée par le Code civil du Québec a rapproché les régimes juridiques de la société et celui de l'indivision. Le parallélisme est aujourd'hui tellement éclatant qu'il remet en question tous les critères traditionnels de distinction. Les conséquences de la réforme ne s'arrêtent cependant pas là.

L'indivision et la société en participation peuvent depuis 1994 être superposées et donner lieu à l'éclatement d'une toute nouvelle technique juridique, qui se distingue tant de la société que de l'indivision. En effet, l'amalgame des régimes juridiques modifie la dynamique des associés à l'égard des tiers. La société se voit ainsi dotée de certaines caractéristiques que ne détenait aucune des institutions d'origine.

In its reform of the civil law, the Civil Code of Québec has drawn together two juridical regimes, namely partnership and indivision. The parallels are now so striking that they call into question the traditional criteria of distinction. The consequences of the reform do not, however, end here.

Since 1994, indivision and undeclared partnership can be readily superimposed and give rise to a new juridical technique which is as distinct from the notion of partnership as it is from that of indivision. In effect, this amalgamation of juridical regimes modifies the relationship between the partners and third parties. Partnerships are thus imbued with attributes which were unknown to the original institutions.

*. Notaire, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

**. Notaire, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	319
I. La société ou l'indivision : l'autonomie des techniques juridiques	320
A. Le choix entre les organisations	320
1. Le rapprochement entre les régimes juridiques	321
2. L'intérêt du maintien de la distinction	324
B. Le raffinement de la distinction	327
1. Les arguments théoriques	327
2. La difficile qualification pratique	329
a. Les critères objectifs	329
b. L'émergence d'un critère subjectif	332
II. L'indivision dans la société en participation : l'éclosion d'une nouvelle technique juridique	335
A. La gestion des biens indivis	336
1. Le régime de droit commun	337
2. Le régime conventionnel	338
B. L'incidence du patrimoine indivis sur la notion de société	341
1. La corrélation entre la révélation de la société et l'existence d'une masse indivise	343
2. L'étendue du gage des créanciers	347
Conclusion	348

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La société et la copropriété tirent toutes deux leur origine du consortium romain¹. À cette époque, la société n'est pas opposable aux tiers et les associés sont copropriétaires des biens². L'absence de doctrine juridique empêche de poser un diagnostic valable sur l'intervalle entre le droit romain et l'époque médiévale. En droit coutumier, s'il existe une distinction entre les deux, les auteurs n'y insistent guère³. Il en ira de même jusqu'à la fin de l'Ancien droit, où la distinction est extrêmement ténue entre les concepts : «Si les indivisions contractuelles ont été aussi facilement assimilées aux sociétés, c'est que, jusqu'à la fin de l'Ancien droit, les sociétés étaient elles-mêmes des indivisions⁴». C'est la reconnaissance, en France, de la personnalité morale aux sociétés de personnes qui aura permis véritablement de distinguer la société de l'indivision. La dynamique ne fut guère différente de ce côté de l'Atlantique. Le droit français fut importé et, jusqu'à tout récemment, c'est la théorie de la réalité de la personne morale⁵ qui a constitué le critère de distinction entre les notions.

Le nouveau *Code civil* transforme complètement le panorama et remet en question la catégorisation traditionnelle des groupements. Les sociétés de personnes sont aujourd'hui dénuées de la qualité de personne morale alors que l'indivision, par tradition inorganisée, est dotée d'un régime de gestion. Que conclure d'un tel remaniement? Dans cet environnement juridique moderne, la question de la distinction entre la société et l'indivision revêt à nouveau un grand intérêt.

L'indivision est aujourd'hui organisée selon un régime qui la rapproche étroitement de la société; les sociétés en nom collectif et en commandite sont dépourvues de personnalité morale et celles en participation peuvent fonctionner

-
1. F. Delhay, *La nature juridique de l'indivision : Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968 au n° 176 à la p. 268; F. Dekeuwer-Desfossez, «L'indivision dans les sociétés en participation», [1980] J.C.P., I-Doctrine 2970.
 2. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1929.
 3. F. Delhay, *supra* note 1, n°s 24 et s. à la p. 42 et s.
 4. *Ibid.* au n° 30 à la p. 50.
 5. C. Bouchard, *La personnalité morale démythifiée*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1997.

à l'aide de l'indivision. Que comprendre de telles mutations au regard de l'analyse traditionnelle? Qu'est-ce qui distingue aujourd'hui l'indivision de la société? Pourquoi avoir rapproché les deux régimes tout en conservant leur identité respective? N'y a-t-il pas risque de confusion entre les organisations?

Pour répondre à ces questions, il faudra expliquer pourquoi le législateur a conservé l'autonomie juridique de la société et de l'indivision (I.), tout en autorisant, dans certaines situations, l'enchevêtrement de ces techniques juridiques (II.).

I. La société ou l'indivision : l'autonomie des techniques juridiques

Si traditionnellement l'indivision, état passif et précaire, était considérée comme une technique inférieure à celle de la société, stable et voulue, il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Depuis la réforme du *C.c.Q.*, un groupement a véritablement le choix entre l'indivision et la société pour la gestion de son bien (A.). Ce qui ne signifie pas pour autant que ces groupements aient perdu toute identité propre. Le législateur a tenu à conserver les deux institutions⁶, même en atténuant leurs différences, car il considérait qu'elles apportaient des solutions à des conjonctures distinctes (B.).

A. Le choix entre les organisations

Si le régime juridique de l'indivision se rapproche sur plusieurs points de celui de la société, il en diffère aussi sur plusieurs éléments. La présente section aura pour objectif de présenter les points de jonction entre les institutions (1.), mais aussi les points de frottement qui, malgré le rapprochement, demeurent importants (2.).

6. Le législateur du *C.c.B.-C.*, tout comme les premiers commentateurs de ce Code, avait une piètre opinion de l'indivision : F. Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906 aux pp. 446-447; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, C. Théorêt, 1897 à la p. 483; L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, Montréal, Wilson et Lafleur, 1954 aux pp. 385-386. Au début du siècle dernier, on a par ailleurs suggéré de remplacer les deux notions – la société et l'indivision – par celle de propriété collective : L. Jossierand, «Essai sur la propriété collective» dans *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1904 à la p. 357 et s.

1. Le rapprochement entre les régimes juridiques

Le *C.c.B.-C.*, tout comme le *Code de Napoléon* à l'époque, n'a pas disserté très longtemps sur l'indivision : un seul article l'aborde expressément⁷. Le célèbre «nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision» n'a plus besoin de présentation! Ainsi, l'indivision est traditionnellement⁸ conçue comme une situation provisoire, dont le partage peut à tout moment être demandé, et ne nécessitant, par conséquent, aucune organisation.

Cette conception ancienne s'est avérée, avec le temps, complètement révolue. L'indivision était souvent un état durable nécessitant le support d'une organisation :

Il est fréquent qu'après le décès du père ou de la mère, les enfants se refusent à partager la succession tant que vit l'autre parent. De plus, le partage d'une exploitation – surtout agricole – peut conduire à la création de petites unités, dont aucune, prise isolément, n'est viable. L'indivision est parfois préférable au partage. [La loi] fut donc modifiée pour autoriser le tribunal à surseoir au partage des exploitations agricoles et des locaux à usage d'habitation ou professionnel [...].

La règle de l'unanimité, si elle protège chaque copropriétaire, ne permet guère de gérer un bien avec efficacité, ne serait-ce qu'en raison des délais et des risques de conflits. Il fallait envisager d'autres modes d'administration, par exemple le mandat donné par les indivisaires à l'un d'eux ou à un tiers. On admit aussi qu'un copropriétaire pouvait être gérant d'affaire de la chose commune; mais agissant aussi dans son intérêt, il n'avait droit à aucune rémunération pour sa gestion à moins que ses tâches, par leur importance, leur durée et leur technicité, ne revêtissent le caractère d'une activité professionnelle [...] Par touches successives apparaissaient les linéaments d'une véritable

7. *C.c.B.-C.*, art. 689. L'article 2021 *C.c.B.-C.* traitait, par ailleurs, de l'hypothèque sur une portion indivise d'un immeuble.

8. À l'instar du droit romain.

organisation de l'indivision. (Il faut aussi citer une création de la pratique : les sociétés d'indivision)⁹. [Nous soulignons.]

Ainsi, la règle de l'unanimité était complètement inadaptée à la gestion efficace d'un bien sans oublier le risque de provocation du partage qui pesait comme une épée de Damoclès sur la tête des indivisaires. Le besoin d'une réforme s'avérait donc de plus en plus impératif et c'est dans cet esprit que la refonte du *Code civil* fut entreprise en 1994, presque vingt ans plus tard après celle du *Code* français, en 1976¹⁰.

En droit français, il est reconnu que le législateur a puisé dans les règles de la société pour régir l'organisation conventionnelle de l'indivision. Les règles de l'indivision conventionnelle se trouvent d'ailleurs à la suite de celles concernant le contrat de société et d'association¹¹. Dès lors, qu'il puisse exister certaines ressemblances entre le régime juridique applicable aux sociétés et à l'indivision ne doit pas surprendre outre mesure. Qu'en est-il du droit québécois? La lecture des commentaires du ministre¹² révèle que le législateur s'est inspiré du *Code civil* français et pour la copropriété par indivision, et pour le droit des sociétés. À la différence toutefois de son homologue français, il ne réfère pas expressément aux règles de la société en matière d'indivision. En outre, toutes les règles de la copropriété par indivision sont regroupées dans le «Livre des biens», y compris celles visant son organisation conventionnelle. Les emprunts aux autres institutions du droit civil apparaissent donc beaucoup moins apparentes ici que chez nos voisins d'outre Atlantique.

Le nouveau *Code civil* combla donc le vide primitif en prévoyant deux modes d'organisation de l'indivision : un régime de droit commun applicable de

-
9. H. L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, 8^e éd., t. II, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1992 au n° 1309-1 aux pp. 36-37. Dans le même sens, voir la remarquable analyse du droit québécois effectuée, avant même les modifications législatives, par M. Deschamps, «Vers une approche renouvelée de l'indivision», [1984] 29 R. D. McGill 215.
 10. Loi n° 286 du 31 décembre 1976, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977.
 11. Art. 1873-1 *Code civil* français (*ibid.*).
 12. Québec, Ministre de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993. Commentaire introductif au chapitre de la copropriété par indivision et commentaires sous plusieurs articles de ce chapitre à la p. 593 et s. Voir aussi les commentaires sous les articles 2250 et s. du t. 2 à la p. 1417 et s.

plein droit et permettant de pallier l'absence de convention ou de disposition légale ayant trait au fonctionnement de l'indivision et un régime conventionnel assujéti à la volonté des parties. Sans parler de véritable révolution, les transformations opérées en indivision sont importantes. La structure proposée par le législateur pour l'indivision se rapproche étrangement des formes les plus élémentaires de société, dont celles en participation. Les règles de l'indivision sont donc aujourd'hui susceptibles de répondre aux mêmes besoins qu'une structure sociale dépourvue d'individualité juridique : le droit de retrait¹³, le régime décisionnel¹⁴, le pouvoir de conférer la gestion à l'interne ou à un tiers¹⁵ constituent autant d'exemples de rapprochement entre les groupements. Ce qui permet de penser que, en présence d'un groupement informel, le choix pourra être extrêmement difficile entre les organisations : «Une indivision prolongée, notamment, peut se transformer insensiblement en société et à l'inverse, une société, malgré la dénomination que lui donnent les associés ne sera en réalité qu'une indivision. Mais aussi, c'est *ab initio* que la question du choix entre les deux formules peut se poser; les parties hésiteront parfois entre une indivision active et une société¹⁶». Les exemples sont nombreux. Ainsi, en France, la question s'est posée quant aux éleveurs qui se partagent les saillies d'un étalon :

Il est habituel que des éleveurs de chevaux de course se groupent et achètent un étalon de renom pour faire couvrir leurs pouliches. Comme il fournit une quarantaine de saillies par an environ, ils se fédèrent en général à quarante dans un groupement qui n'est jamais immatriculé. Dans leur accord, ils décident de se répartir les saillies et les frais d'entretien de l'étalon au prorata de leur participation. Chaque participant peut user de la saillie qui lui revient comme il l'entend, soit en faisant couvrir l'une de ses pouliches, soit en la cédant. Si l'étalon n'est pas capable une année de fournir les quarante saillies attendues, les membres qui n'en bénéficient pas sont tirés au sort. En revanche, si l'étalon s'avère une année capable de dépasser le quota attendu, les saillies supplémentaires sont vendues et le prix en est partagé entre les membres du groupement. Enfin, chaque participant peut vendre ses

13. Comparer les articles 1022 et 2209 *C.c.Q.*

14. Art. 1026 et 2216 *C.c.Q.*

15. Art. 1027 et 2213 *C.c.Q.*

16. C. St-Alary-Houin, «Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil» (1979), 132 *Rev. trim. dr. com.* 645 à la p. 652.

droits dans le groupement, sous réserve de l'accord du comité chargé de gérer l'ensemble¹⁷.

Outre qu'il faille décider quelle organisation convient aux parties, le choix une fois fait, ne lie pas obligatoirement les tribunaux, particulièrement dans le cadre de relations informelles ou imprécises, si bien que ceux-ci devront souvent procéder à la qualification avant de déterminer le droit applicable. Au Québec, le *Code civil* étant encore très jeune, les décisions intéressantes sur le sujet sont plutôt rarissimes¹⁸. Il n'est pas rare cependant, et cela ne date pas d'hier, que les tribunaux aient à trancher entre les deux¹⁹. La jurisprudence sur les sociétés de faits entre concubin demeure, jusqu'à présent, la plus intéressante sur ce point²⁰.

2. L'intérêt du maintien de la distinction

Si le rapprochement entre la copropriété par indivision et la société est indéniable pour certaines questions, il reste que l'indivision et la société sont deux notions distinctes obéissant à des régimes juridiques différents. L'intérêt de la distinction provient précisément de cette différence. Les exemples qui

-
17. J.-J. Daigre, «L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de société en participation», [1998] Bull. Joly au n° 39; voir aussi sur cette question H. Aberkane, «L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision» dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991 à la p. 11.
 18. *Mayor c. Dionne*, [1996] R.L. 79, conf. par (27 juillet 1998), Montréal 500-09-001427-947, J.E. 98-1654, juges Proulx, Deschamps et Pidgeon.
 19. Voir entre autres : *Michon c. Leduc et Bousquet* (1890), 19 R.L. 504 (B.R.); *Bourboin c. Savard* (1926), 40 B.R. 68; *Stem corporation c. Koutsogiannopoulos*, [1956] B.R. 421; *Droit de la famille-164*, [1988] R.D.F. 226 (C.S.); *John Robertson & son (Eastern) Ltd. c. Guilbault* (1919), 21 R.P. 146 (C.S.); *Barrette c. Denis* (1926), 41 C.S. 435; *Perron c. Laporte*, [1945] C.S. 375; *Desjardins c. Malenfant*, [1961] R.L. 560 (C.S.); *Carstens c. Bork*, [1962] C.S. 210; *Rosen c. Banque canadienne Impériale de Commerce*, [1991] R.J.Q. 1152 (C.Q.); *Joulakian c. Pelletier*, [1993] R.D.I. 415 (C.S.); *Rodier c. Gagnon*, [1996] R.D.I. 82 (C.S.); *St-Jean c. Lavallé*, [1996] R.D.I. 231 (C.S.).
 20. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Droit de la famille-720*, [1989] R.D.F. 694 (C.A.); *Droit de la famille-904*, [1990] R.J.Q. 2844 (C.S.); *Droit de la famille-1971*, [1997] R.D.F. 31 (C.A.).

suivent sont tirés du *Code civil*, mais le droit statutaire en comporte aussi de nombreux²¹.

Tout d'abord, il importe de différencier la société et l'indivision pour connaître l'emprise des parties sur les biens. En matière de copropriété par indivision, les parties sont titulaires d'un droit réel puisqu'elles exercent concurremment un droit de propriété²². Elles bénéficient donc d'un lien direct sur les biens, ce qui n'est généralement pas le cas en matière de société. À l'opposé, dans les sociétés en nom collectif et en commandite, l'apport d'un bien comporte une mutation. Les associés sont donc débiteurs de ce qu'ils ont promis d'y apporter et, une fois les biens transférés, ils se doivent des garanties similaires à la vente, si l'apport est en propriété, ou à la location, s'il est en jouissance²³. En contrepartie de leur apport, les associés reçoivent une part sociale – un droit personnel – qui confère un droit dans les bénéfices et dans l'actif de la société. Ainsi, l'associé qui apporte à une société ses droits dans un immeuble les voit se transformer en une part sociale de nature mobilière. L'apport en société a donc un caractère transformateur de droit qui n'existe pas en indivision. La société en participation fait cependant figure d'exception à cet égard. Face aux tiers, les associés demeurent propriétaires des biens apportés à la société²⁴. Par conséquent, l'opération d'apport doit être analysée comme une « mise à la disposition²⁵ » des biens à la société plutôt que comme un transfert de propriété.

Le régime de responsabilité à l'égard des dettes constitue un autre motif pour distinguer entre la société et l'indivision. Les sociétés en nom collectif et

21. En matière de fiscalité la distinction entre les régimes juridiques est fondamentale. Par exemple, dans l'hypothèse de vente de terrains, si l'intention première des parties est de les vendre à profit, le revenu généré sera considéré comme du revenu d'entreprise, alors que dans le cas contraire, il sera traité comme du gain en capital permettant au particulier de bénéficier d'une exonération.

22. Art. 1010 *C.c.Q.* Il faut souligner que la cotitularité d'un autre droit est permise (art. 911 *C.c.Q.*), mais dans ce cas, l'emploi du mot copropriété est impropre, car il devrait être réservé à la seule copropriété. Sur les questions de sémantique rattachées à la copropriété par indivision, voir L. Laflamme, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999 à la p. 6 et s.

23. Art. 2199 *C.c.Q.*

24. Art. 2252 *C.c.Q.*

25. Art. 2199, al. 1 *C.c.Q.*

en commandite ont un patrimoine autonome et leurs biens doivent être discutés en priorité²⁶. Dans le cas des sociétés en participation, les coassociés n'ont aucun droit d'agir à l'encontre des tiers, et ces derniers n'ont un droit d'action qu'envers l'associé avec qui ils ont contracté. Par ailleurs, les créanciers pourront poursuivre les associés solidairement dans le cadre de l'entreprise sociale²⁷, ce qui est différent en matière d'indivision. En effet, si l'exercice de qualification conclut à la copropriété par indivision, la responsabilité des indivisaires est conjointe²⁸, à moins de stipulation contraire.

Le décès ne produira pas les mêmes conséquences pour les parties selon le régime adopté. Le statut d'indivisaire n'est pas rattaché à une personne en particulier, alors qu'il est possible de perdre la qualité d'associé²⁹. En présence d'une copropriété par indivision, la quote-part de droits indivis sera dévolue à un ou plusieurs héritiers qui deviendront eux-mêmes indivisaires. Dans la même situation et, sauf stipulation contraire, le décès entraînera la perte de la qualité d'associé³⁰. Les associés survivants devront payer aux héritiers la valeur de la part sociale³¹ sans que ces derniers puissent prétendre à la qualité d'associé. Cette approche nouvelle, pour les sociétés en nom collectif et en commandite, accentue leur caractère de permanence en conservant exclusivement les causes de dissolution inhérentes à la nature contractuelle de la société et en transformant les motifs étrangers à l'aspect *intuitu personae* des relations sociales en simple perte de la qualité d'associé.

Les motifs de dissolution sont, par ailleurs, plus nombreux pour les sociétés. Alors que la copropriété par indivision cesse par le partage du bien ou par son aliénation³², la société prend fin, outre les causes prévues au contrat, par l'accomplissement de son objet ou l'impossibilité de l'accomplir, ou encore du consentement de tous les associés. Il faut ajouter également que la société peut

26. Art. 2221, al. 2 *C.c.Q.*

27. Art. 2221, al. 1 *C.c.Q.*

28. Art. 1015, 1019 *C.c.Q.*

29. Art. 2226-2229 *C.c.Q.*

30. Art. 2226 *C.c.Q.*

31. Art. 2227 *C.c.Q.*

32. Art. 1037 al. 1 *C.c.Q.*

être dissoute par le tribunal, pour une cause légitime³³. Fait intéressant à souligner, la règle de l'article 2232 *C.c.Q.*, qui maintient l'existence de la société malgré la réunion des parts en les mains d'un seul associé, est propre aux sociétés. En indivision, une telle opération mettra fin à la concurrence qui existe dans la détention du titre, donc à la copropriété même.

Il demeure donc extrêmement important pour les parties de pouvoir distinguer entre la société et l'indivision. Selon la qualification établie, un régime différent s'impose. La prochaine section permettra de constater que cette différence entre les régimes juridiques prend sa source dans l'idée de volonté qui est à la base du contrat de société.

B. Le raffinement de la distinction

Il faut reconnaître que, si l'importance au plan théorique (1.) de la distinction entre la société et l'indivision semble évidente, l'application pratique des différents critères pose problème (2.). La présente section aura pour objectif de poser les jalons de la qualification dans ce nouvel environnement juridique qui reconnaît l'indivision et admet qu'elle puisse coexister avec la société.

1. Les arguments théoriques

La seule comparaison des définitions de la société et de la copropriété démontre que ces deux notions sont fondamentalement différentes. Le *C.c.Q.* définit ainsi la copropriété :

1010 al. 1. La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit.

Selon ce texte, la copropriété constitue une façon d'exercer un droit de propriété. Il y a copropriété dès qu'il existe une pluralité de sujets d'un même droit à l'égard d'un même bien qui se retrouve alors en état d'indivision. Il existe deux sortes de copropriété, la copropriété divise et la copropriété

33. Art. 2236 *C.c.Q.*.

indivise³⁴. La copropriété divise bénéficie d'un régime juridique particulier qui fait en sorte qu'elle ne puisse pas être confondue avec la société³⁵. Il en va autrement pour la copropriété par indivision où les risques d'équivoque sont assez nombreux. D'autant plus qu'elle peut être organisée par convention, ce qui est susceptible de la rapprocher davantage de la société.

Bien qu'elle puisse en être un outil, la société ne constitue pas un moyen de détenir un bien. Sa place dans le *Code*, au titre deuxième du «Livre des obligations» intitulé «Des contrats nommés», révèle sa véritable nature. La société est un contrat, une convention :

2186. Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent.

Ainsi, d'un côté, il y a la société, un contrat, dont l'existence est soumise à des conditions que le *Code* précise. De l'autre, il y a la copropriété par indivision, une modalité de la propriété, c'est-à-dire une façon d'exercer un droit³⁶. Un monde devrait séparer ces deux notions. Pourtant, il n'en est rien, puisque dans les deux cas il y a présence d'un groupement de personnes. Comment en effet distinguer entre la codétention volontaire d'un bien et une société? Sans contrat sur lequel s'appuyer, quelle qualification choisir? La présence d'un contrat ne règle, par ailleurs, pas définitivement la question, puisqu'une convention peut exister dans les deux cas et une société peut se transformer en copropriété par indivision et vice versa. Il s'agit dans tous les cas d'une question d'intention³⁷.

34. Art. 1010, al. 2 et 3 *C.c.Q.*

35. Art. 1038 et s. *C.c.Q.*

36. Et ce, même en présence d'une convention d'indivision. Bien que l'établissement d'un tel document soit souvent concomitant avec la naissance de l'indivision, il en constitue un préalable. La convention d'indivision a pour bout d'organiser la codétention du bien.

37. L. Laflamme, *supra* note 22 à la p. 13 et s.

2. La difficile qualification pratique

Afin de résoudre les difficultés que posait la distinction entre la copropriété par indivision et la société, la doctrine a d'abord utilisé des critères objectifs. La seule observation du groupement en question devait conduire à une qualification. À une époque où l'indivision était réduite à sa plus simple expression, soit l'indivision successorale, post-sociétaire ou post-communautaire, cette façon de faire pouvait conduire à quelques résultats. Toutefois, la conception de l'indivision ayant évolué, le recours aux critères objectifs s'est avéré nettement insuffisant pour qualifier adéquatement un groupement (a.). Il faut maintenant rechercher l'intention des parties (b.).

a. Les critères objectifs

Traditionnellement, l'indivision et la société ont été distinguées par des critères objectifs. Ces critères avaient trait essentiellement à l'origine du groupement, à la stabilité, à la gestion et particulièrement à la détention de la personnalité juridique par la société.

Il a été écrit à propos de la distinction entre la société et l'indivision que l'une, l'indivision, est un état subi qui résulte d'un fait accidentel alors que l'autre, était un état cherché en raison de sa supériorité productive³⁸. La seule lecture de l'article 1012 *C.c.Q.* permet de conclure à la désuétude du critère. L'indivision peut aujourd'hui résulter d'un contrat, d'une succession, d'un jugement ou encore de l'effet de la loi. Il est donc formellement reconnu depuis 1994 que la copropriété par indivision puisse être constituée volontairement au même titre que les parties peuvent choisir de s'associer. Ainsi, l'origine du groupement n'est pas déterminante pour sa qualification future. Rien n'empêche des héritiers, par exemple, de former entre eux une société pour gérer les biens du *de cujus*³⁹.

38. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 5^e éd., revue et mise à jour avec le concours de J. Percerou, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1916 au n° 239 à la p. 166.

39. *Audet c. Audet* (11 mai 1998), Montmagny 300-05-000040-959, B.E. 98BE-723, juge Morin (C.S.), en ligne : SOQUIJ (B.E.).

La stabilité du groupement ne peut davantage être retenue comme critère de distinction entre la société et l'indivision. Il suffisait autrefois d'opposer l'indivision – qui pouvait toujours prendre fin par un partage – à la société, dont la stabilité était reconnue, pour établir une distinction entre les deux. Ce critère était artificiel puisque l'opposition supposait au préalable une qualification. Par conséquent, ce qui constituait en apparence un élément de distinction se voulait plutôt une particularité du régime juridique. Par ailleurs, la précarité de l'indivision ne la caractérise plus vraiment aujourd'hui. La demande en partage peut être contrecarrée par la présence d'une convention d'indivision reportant le droit de provoquer le partage pour une période d'au plus trente ans, laquelle est renouvelable⁴⁰ ou encore par une demande de sursis⁴¹. De même, l'intrusion d'un tiers qui pouvait être porteuse de conflits est aujourd'hui préservée par un droit de retrait ou de subrogation⁴². Ainsi, «c'est par sa tendance à l'inscription dans le temps que l'indivision a perdu l'un de ses traits d'infériorité traditionnels par rapport à la société. Elle n'est plus un état précaire voué à la disparition du seul fait de la volonté versatile de l'un des indivisaires. Sa stabilité est assurée contre les actions intempestives de ses membres mais aussi contre l'intrusion non désirée de tiers dans le groupement⁴³».

La question de l'organisation de la gestion plus importante en matière de société, ne constitue plus depuis 1994 un critère valable. D'ailleurs, ce point relève, lui aussi, davantage du régime juridique applicable, une fois la qualification établie, que de la distinction entre la société et l'indivision. Ainsi, les règles de l'indivision n'étant pas, pour la plupart, d'ordre public⁴⁴, il est actuellement possible d'établir conventionnellement un régime de gestion qui

40. Art. 1013 *C.c.Q.*

41. Art. 1032 *C.c.Q.*; en matières successorales, art. 839 et s. *C.c.Q.*

42. Art. 1022-1023 *C.c.Q.* Le droit de retrait prévu par la loi peut être remplacé par un droit de préemption, art. 1022 al. 1 *C.c.Q.*

43. C. St-Alary-Houin, *supra* note 16 au n° 5 à la p. 648.

44. À l'exception des articles 1013, 1030 et 1031 *C.c.Q.* Bien que rédigé en termes impératifs, l'article 1014 *C.c.Q.* n'oblige pas les indivisaires à procéder à la publication de la convention d'indivision. S'ils ne font pas cette démarche, leur convention sera simplement inopposable aux tiers.

s'apparente à celui de la société⁴⁵. Toutefois, les indivisaires qui se dotent d'une telle organisation pour la gestion de leur bien doivent veiller à ne pas accomplir d'actes qui risqueraient d'entraîner une requalification en société⁴⁶. Il en va de même pour le critère de distinction fondé sur la présence de bénéfices en matière de société. En effet, rien ne fait obstacle à ce que des indivisaires puissent valablement réaliser des bénéfices, dans la mesure où il ne s'agit pas de leur préoccupation principale. En somme, tout est une question de degrés. Est-ce que, par exemple, la réalisation de bénéfices constitue le but premier du groupement? Si oui, il y a société. Dans le cas contraire, il s'agira plutôt d'une copropriété par indivision. Ainsi, la stabilité, les bénéfices et le mode de gestion du bien ne pouvant isolément servir de critère de distinction, il faut faire appel à d'autres éléments.

La doctrine française pensait avoir résolu le problème en invoquant la personnalité morale des sociétés de personnes. Sans entrer dans le long débat sur les diverses théories entourant la reconnaissance de la qualité de sujet de droit aux sociétés, il convient de souligner d'emblée que cet élément ne peut valablement servir de critère de distinction entre la société et l'indivision; d'autant plus que la reconnaissance de la personnalité juridique à une société n'était qu'une conséquence de son existence⁴⁷. Par ailleurs, il est clair depuis la réforme du *Code civil* que les sociétés de personnes ne constituent pas des personnes morales, bien que les sociétés en nom collectif et en commandite bénéficient d'une individualité juridique⁴⁸. La question de la distinction demeure donc entière pour la société en participation qui en est dépourvue.

Il faut enfin ajouter à ce qui vient d'être mentionné que les formalités de publicité requises pour les sociétés en nom collectif et en commandite⁴⁹ ne

45. Il n'existe pas en matière de copropriété par indivision de règle analogue à celle de l'article 1101 *C.c.Q.* du chapitre sur la copropriété divisée qui empêche de stipuler autrement que ce qui est prévu au *Code* en ce qui concerne le nombre de voix requis pour prendre une décision.

46. F. Caporale, «Société et indivision» (1979) *Rev. soc.* 265 au n° 23 à la p. 275.

47. F. Delhay, *supra* note 1 au n° 40 à la p. 64; F.H. Speth, *La divisibilité du patrimoine de l'entreprise d'une personne*, Paris, LGDJ., 1957 à la p. 104.

48. N. N. Antaki et C. Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. I, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 à la p. 353 et s.

49. Art. 2189 *C.c.Q.*

peuvent davantage servir de critère de distinction. En effet, bien que le recours à l'examen du nom du groupement ou encore à la consultation des registres appropriés soient utiles pour distinguer entre les diverses formes de sociétés, cet exercice n'est pas à lui seul concluant. Les formalités de publicité ne sont pas obligatoires pour toutes les formes de sociétés. Les sociétés en participation n'y sont pas tenues. Qui plus est, le simple fait pour un groupement de déclarer qu'il opère sous la forme d'une société en nom collectif n'est pas constitutif d'une société si les conditions de l'article 2186 al. 1 *C.c.Q.* ne sont pas rencontrées.

L'examen des différents critères traditionnels de distinction aura permis de constater leur insuffisance au regard de l'évolution du droit. Un nouvel élément de qualification doit être recherché; la prochaine section permettra d'en circonscrire les tenants et aboutissants.

b. L'émergence d'un critère subjectif

La société étant un contrat, elle suppose un accord de volontés. Ainsi, pour déterminer si un groupement constitue une société, il faut rechercher cet accord de volontés qui prend la forme d'une intention de s'associer. Sans cette intention, la société ne peut exister.

La copropriété par indivision, en revanche, ne suppose pas un tel accord de volonté. Elle peut naître accidentellement. L'intention de la créer volontairement ne la caractérise donc pas⁵⁰. Par conséquent, en comparant les deux notions et en s'appuyant sur la définition du contrat de société pour définir la copropriété par indivision, il est possible de constater que la distinction repose essentiellement sur la recherche de l'intention. C'est d'ailleurs ce que confirme le *Code* :

2250 al. 2 La seule indivision de biens existant entre plusieurs personnes ne fait pas présumer leur intention de s'associer.

Par conséquent, si la preuve d'une intention de s'associer s'avère insuffisante, le groupement sera qualifié d'indivision alors que dans le cas

50. Art. 1012 *C.c.Q.*

contraire, il y aura société. Parfois, l'analyse pourra être fondée sur des écrits, mais tant en société qu'en indivision, la présence d'une convention écrite n'est pas requise⁵¹.

L'intention de s'associer relève donc de l'abstrait, il s'agit d'une donnée d'ordre psychologique, d'où l'emploi sans doute d'une expression latine, l'*affectio societatis*, consacrée dans le nouveau *Code* par le concept d'«esprit de collaboration». Pour déceler l'intention et en établir la preuve, il est généralement possible de faire appel aux circonstances et à l'étude des agissements du groupement⁵². Aux termes de l'articles 2186 al. 1 *C.c.Q.*, les parties sont animées d'une intention de s'associer si elles manifestent un esprit de collaboration, si elles contribuent à leur activité par un apport de biens, de connaissances ou de travail et si elles partagent entre elles les bénéfices qui en résultent. La société implique une union d'efforts vers un but commun centralisateur, raison d'être de la société. L'activité de la société est une aventure commune dans laquelle chacun y met du sien. L'effort, qui prend la forme d'une contribution en biens ou en services, implique une nouvelle affectation de ceux-ci au profit de l'activité, c'est-à-dire un changement d'état d'esprit, une réorientation, une nouvelle façon de faire, etc.⁵³ La société suppose ainsi un mode de gestion actif, dynamique.

Les indivisaires ne sont pas animés d'un tel esprit. La copropriété est un mode de détention d'un bien. Il n'existe pas en la matière d'activité centralisatrice et ce, même si les indivisaires sont entrés volontairement en indivision ou ont organisé leurs relations par convention :

L'indivision est un état, une manière d'être des biens. L'observation s'impose lorsque l'indivision est héréditaire : les héritiers se trouvent dans l'indivision. Leurs biens sont dans l'indivision. Les expressions

51. Art. 2250 *C.c.Q.* Seule la clause de report du partage doit être écrite (art. 1013 *C.c.Q.*). Pour le reste, la convention d'indivision peut être verbale mais avec les difficultés de preuve que cela peut présenter.

52. «C'était la volonté des parties de faire un investissement et non de devenir uniquement copropriétaires. Elles se sont constituées en société et tous leurs agissements, au début, corroborent cette intention. La pièce P-1 est d'ailleurs fort éloquente à ce sujet : les parties s'y définissent comme associés» : *Mayor c. Dionne, supra* note 18 à la p. 5.

53. C. St-Alary-Houin, *supra*, note 16 au n° 60 à la p. 687.

utilisées pour désigner cet état statique s'opposent vivement à celles d'apport, d'affectation qui traduisent la dynamique sociétaire.

La remarque vaut aussi pour l'indivision conventionnelle. Certes, elle est de source contractuelle et l'indivision peut-être voulue. Il est inexact d'y voir un état subi. Cependant, même voulue, elle ne présente pas le même degré d'activité que la société. La convention a pour objet d'aménager l'exercice des droits indivis [...]. Elle permet de régir une situation existante. Aux termes de l'article 1873-2, les indivisaires conviennent de demeurer dans l'indivision. Or demeurer, c'est rester dans le même état, «c'est continuer à d'être dans une situation [...]». Il ne s'agit comme dans la société de modifier le régime des biens en leur assignant au mieux des intérêts de chacun l'exercice du droit de propriété. La convention régit un état des biens⁵⁴. [Nous soulignons.]

Ainsi, la copropriété par indivision représente d'avantage un état, une façon de détenir les biens. Ceci ne veut pas dire pour autant que les indivisaires ne peuvent faire fructifier le bien ou en organiser la gestion, seulement, cela ne doit pas devenir leur activité principale. Si la recherche de profits et de bénéfices perd son caractère accessoire ou accidentel, il faudra vérifier si l'intention qui anime les indivisaires ne s'est pas modifiée, transformant l'indivision en société ou vice-versa. Il convient de le rappeler, lorsqu'il s'agit de distinguer entre une société et une indivision, il faut rechercher l'intention des parties. La recherche de l'*affectio societatis* permet de pondérer les différents autres éléments positifs de la qualification et d'opérer une synthèse qui présente l'ensemble de la relation de manière positive. Cette technique a été utilisée par la Cour suprême dans *Beaudoin-Daignault c. Richard* :

[Il faut] rechercher, pour s'assurer qu'il y a *affectio societatis*, s'il résulte des faits qu'il y a «un ensemble de présomptions interdisant toute contestation sérieuse, encore bien que chacun d'entre eux pris isolément puisse laisser place à un certain doute».

(...) Je suis d'accord avec l'intimé que si l'apport de l'un est hors de proportion avec celui de l'autre le juge du fond doit en tenir compte et

54. *Ibid.* n° 60 aux pp. 686-687. Voir aussi dans le même sens, F. Caporale, *supra* note 46 au n° 22 à la p. 274 et H. Aberkane, *supra* note 17 à la p. 16.

considérer que ce fait pèse grandement à l'encontre de l'existence de l'*affectio societatis*⁵⁵.

Récemment encore, dans une décision rendue sous le *C.c.Q.*, la Cour supérieure a réaffirmé cette position :

C'est l'intention qui se dégage des faits et des attitudes des parties qui est importante pour conclure au contrat de société. (...)

Les parties doivent avoir une intention commune d'être en société. Le nouveau Code civil parle d'«esprit de collaboration». Voilà ce qui cimente principalement le contrat de société: L'*affectio societatis* de la plus ancienne et la plus constante jurisprudence en matière de société⁵⁶.

C'est également ce critère qui devra être utilisé lorsqu'il s'agira de déterminer si une indivision a été superposée à une société...

II. L'indivision dans la société en participation : l'éclosion d'une nouvelle technique juridique

La première partie de ce travail a permis, entre autres, de constater les rapprochements importants effectués en 1994 entre les régimes de l'indivision et de la société. La ligne tenue entre les concepts remet en cause tout le système traditionnel de distinctions et impose une utilisation judicieuse des critères de distinction.

Le constat est encore plus frappant à la lecture de la section sur les sociétés en participation. En effet, l'indivision et la société en participation peuvent être superposées :

2252. À l'égard des tiers, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société.

55. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, *supra* note 20 à la p. 16.

56. *Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de) c. 2958-3838 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 565 à la p. 572 (C.S.).

Sont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de leur apport, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant que subsiste le contrat de société.

Comment fonctionnera une telle imbrication? Quel en sera le régime juridique? Pour pouvoir répondre à ces questions, il convient de faire, dans un premier temps, une présentation des règles encadrant la copropriété par indivision (A.), avant de s'arrêter, dans un second temps, aux conséquences engendrées par l'existence d'un patrimoine indivis sur la notion de société (B.).

A. La gestion des biens indivis

L'article 2252 alinéa 2 prévoit trois situations d'indivision de biens possibles dans le cadre d'une société en participation : (1) les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun des apports, (2) les biens acquis par l'emploi de sommes indivises pendant la durée du contrat de société et (3) les biens dont les associés auraient convenu de mettre en indivision.

Le législateur s'est montré loquace quant à l'indivision pouvant exister dans le cadre d'une société en participation. L'hypothèse très répandue de l'indivision préalable à la création de la société est en premier lieu envisagée. Il s'agit, bien entendu, de l'indivision volontaire autant que de l'indivision subie, l'origine important peu. Il suffit simplement qu'elle soit antérieure à la société. Les deux autres situations d'indivision supposent, quant à elles, la préexistence de la société : les biens acquis par l'emploi de sommes indivises pendant la société, ce qui constitue un cas de subrogation réelle et le choix que feraient les associés de mettre certains biens en indivision en cours de société.

Avant de s'arrêter aux conséquences engendrées par l'amalgame des régimes juridiques, il s'avère important d'effectuer un tour d'horizon du nouveau droit de l'indivision : le régime de droit commun (1.) et les principales avenues offertes par la possibilité pour les indivisaires d'organiser conventionnellement le maintien de l'indivision (2.). Dans les deux cas, il importe particulièrement de connaître les pouvoirs de gestion des indivisaires et les droits des créanciers qui viendront se greffer à ceux du droit des sociétés.

1. Le régime de droit commun

En indivision, l'administration des biens repose depuis 1994 sur l'ensemble des indivisaires. Ils ont donc toute liberté pour gérer le bien en commun ou encore, si telle est leur volonté, en confier la tâche à un tiers⁵⁷. Pour faciliter la gestion, le Code édicte même une présomption de gérance en faveur de celui «qui administre le bien indivis à la connaissance des autres indivisaires et sans opposition de leur part⁵⁸». De ce texte, il ressort que deux conditions doivent être rencontrées pour qu'un indivisaire puisse bénéficier de la présomption de gérance : premièrement, les autres indivisaires doivent avoir connaissance des agissements du présumé gérant et, deuxièmement, ils ne doivent pas s'y opposer. Il faut remarquer qu'en matière de société, le pouvoir de gérer est réciproque et n'est pas soumis à la première condition⁵⁹. Pour bénéficier de la présomption de gérance, un associé n'a pas à démontrer que les autres associés connaissent ses agissements. Qui plus est, à l'égard des tiers, chaque associé est mandataire de la société⁶⁰. Ce qui n'est pas automatique en matière de copropriété par indivision⁶¹. Par ailleurs, en cas d'impossibilité d'entente de la majorité des indivisaires, il est possible d'avoir recours au tribunal pour la nomination d'un gérant⁶². Ce dernier possède les pouvoirs d'un administrateur du bien d'autrui chargé de la simple administration⁶³.

57. Art. 1025, 1027 *C.c.Q.*

58. Art. 1028 *C.c.Q.*

59. Art. 2215 al. 1 *C.c.Q.*

60. Art. 2219 *C.c.Q.*

61. Le chapitre sur la copropriété par indivision ne contient pas de disposition analogue à celle de l'article 2219 *C.c.Q.* Comme il n'existe pas de présomption de mandat entre les indivisaires, ceux-ci sont tenus d'agir dans la proportion de leur quote-part respective. C'est d'ailleurs ce que consacre le texte de l'article 1015 *C.c.Q.* Les actes qui ne respectent pas cette mesure portent atteinte aux droits des autres indivisaires. Ceux-ci pourront d'ailleurs les contester avant même le partage. En l'absence de contestation, la disposition pourra être tenue pour valable, non pas par la présence d'un mandat tacite, mais par l'application des règles relatives à la vente ou l'hypothèque que bien d'autrui. L. Laflamme, «La copropriété», dans *Extraits du Répertoire de droit / Nouvelle série*, Cowansville (Qc), Yvon Blais et Chambre des notaires du Québec, 2000 à la p. 62.

62. Art. 1027, al. 2 *C.c.Q.*

63. Art. 1299, 1301 et s. *C.c.Q.*

Autre révolution, sous le *C.c.B.-C.*, les décisions relatives à l'administration des biens indivis se prenaient à l'unanimité. Tout comme en droit des sociétés⁶⁴, ces questions sont aujourd'hui réglées à la majorité en nombre et en part⁶⁵, sauf les décisions importantes (aliénation du bien, partage, changement de destination, etc.) qui, elles, demeurent soumises à la règle de l'unanimité⁶⁶.

La situation des créanciers de l'indivision à l'intérieur du régime légal est aussi extrêmement intéressante. Ils bénéficient du droit d'être payé par préférence sur l'actif avant le partage⁶⁷.

Quoiqu'il en soit de cette cure de rajeunissement, l'indivision demeure plus fragile que la société. Le régime de droit commun est appelé à prendre fin par le partage. Cette éventualité, qui rend la copropriété par indivision instable, en fait un mode de détention des biens peu attrayant. Il en va autrement cependant, s'il existe une convention d'indivision reportant le partage⁶⁸.

2. Le régime conventionnel

En sus, ou aux lieu et place du régime de droit commun, les indivisaires peuvent encadrer conventionnellement leur indivision. Contrairement à son homologue français, le droit québécois comporte peu de dispositions impératives sur ce point⁶⁹. La convention d'indivision offre donc de multiples possibilités aux indivisaires⁷⁰.

64. Art. 2213, al. 2 *C.c.Q.*

65. Art. 1026, al. 1 *C.c.Q.*

66. Art. 1026, al. 2 *C.c.Q.*

67. Art. 1035, al. 1 *C.c.Q.*

68. Art. 1030 *C.c.Q.*

69. Art. 1013, 1030-1031 *C.c.Q.*

70. La convention d'indivision est un contrat qui organise les relations entre plusieurs sujets d'un droit s'exerçant à l'égard d'un objet non morcelé pour tenir compte de la pluralité des titulaires du droit. Tous et chacun exercent ensemble et concurremment les diverses prérogatives que le droit de propriété confère. La convention d'indivision a pour but d'aménager une ou plusieurs des conséquences de cette concurrence.

Il convient tout d'abord de souligner que le principal but d'une convention d'indivision est le report du partage. À la différence du droit français qui limite la période à 5 ans⁷¹, le *C.c.Q.* permet de reporter le partage pour une durée maximale de trente ans, laquelle est renouvelable⁷². Ainsi, l'existence d'une convention d'indivision reportant le partage permet de supposer que l'organisation du groupement comporte une certaine stabilité.

Parmi les nombreux points qu'il peut traiter, le document aborde généralement la question de la gestion du bien indivis. À cet égard, la convention d'indivision peut s'en remettre aux dispositions contenues dans la loi ou encore élaborer un véritable code de conduite.

Ainsi, il est possible de retrouver dans une convention d'indivision, une disposition qui modifie les règles relatives à la prise de décisions et ce, même pour les décisions importantes⁷³. Les textes québécois et français diffèrent sur cette question⁷⁴. En outre, le chapitre de la copropriété par indivision ne contient pas de disposition analogue à celle qui existe en copropriété divise, tenant pour non écrite toute stipulation de la déclaration de copropriété modifiant le nombre de voix requis pour prendre une décision⁷⁵. Au contraire, les règles établissent comment seront prises les décisions en termes non impératifs. Par conséquent, comme le législateur permet aux indivisaires de conclure une convention d'indivision et n'hésite pas à fixer des limites à leur liberté pour certaines questions⁷⁶, pourquoi alors les empêcher de modifier conventionnellement la portée de l'article 1026 *C.c.Q.*?

En ce qui concerne la gestion du bien indivis, il faut encore souligner la possibilité – au même titre qu'en droit des sociétés – de confier la gérance du

71. *Code civil français, supra* note 10, art. 1873-3, al. 1.

72. Art. 1013 *C.c.Q.*

73. *Contra* : S. Binette, «De la copropriété indivise et divise suivant le nouveau *Code civil du Québec*» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 589; É. Prud'homme, «Le maintien de l'indivision selon le droit civil du Québec», (1995) 26 R.J.T. 191.

74. Comparer art. 1873-8 *C.c.f.* et art. 1026 *C.c.Q.*

75. Art. 1101 *C.c.Q.*

76. Art. 1013, 1031 *C.c.Q.*

bien à un indivisaire ou même à un tiers⁷⁷. Le législateur n'ayant pas fixé de balises, ici encore, rien n'empêche les indivisaires d'accorder des pouvoirs étendus à leur gérant, et pourquoi pas, le nommer mandataire.

Les utilités de la convention d'indivision sont nombreuses. En matière immobilière, la question de la protection des créanciers hypothécaires en cas de partage y joue souvent un rôle prépondérant. À cette fin, le déroulement du partage est minutieusement prévu pour sauvegarder leurs garanties⁷⁸.

Enfin, il convient de rappeler que la convention d'indivision n'a d'effet qu'entre les indivisaires⁷⁹. Toutefois, en matière immobilière, elle est opposable aux tiers, si elle est publiée⁸⁰. Il s'agit là d'une exception, puisque les droits personnels⁸¹ ne sont pas, en principe, susceptibles de publication⁸². Aucune disposition ne prévoit en revanche la publication d'une convention d'indivision ayant trait à un bien meuble. Ce document ne liera donc que les parties qui y auront adhéré.

B. L'incidence du patrimoine indivis sur la notion de société

La société en participation n'a par nature aucune existence à l'égard des tiers. Chaque associé demeure propriétaire de ses biens ou encore transfère à un gérant la propriété de certains biens. Par conséquent, la société n'a aucun patrimoine et les créanciers n'ont d'autre gage que celui du gérant ou encore de l'associé qui s'est engagé personnellement. La situation de la société se

77. Art. 1027 *C.c.Q.*

78. L. Laflamme, F. Frenette et M.-P. Cajolet, «L'indivision conventionnelle : applications diverses en matière immobilière et mode d'emploi dans chaque cas», [1999] 2 C. P. du N. 351 à la p. 369.

79. Art. 1440, 2941 al. 2 *C.c.Q.* *Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.*, [1996] 1 R.C.S. 900; *Piché c. Landry* (13 décembre 1994), Labelle (Maniwaki) 565-05-000009-945, J.E. 95-138 (C.S.), juge Trudel.

80. Art. 1014 *C.c.Q.*

81. Le convention d'indivision, si elle ne comporte pas d'hypothèque, ne génère que des droits personnels car il s'agit d'aménager la concurrence dans la détention d'un droit déjà détenu par les parties (art. 1010 *C.c.Q.*). M. Deschamps, *supra* note 9 à la p. 242; C. Atias, «Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle», [1979] J.C.P. I-Doctrine à la p. 2937 au no 6; L. Laflamme, *supra* note 22 à la p. 57.

82. Art. 2938 al. 3 *C.c.Q.*

transforme lorsqu'elle se voit doublée d'une indivision. L'interaction entre les régimes va modifier la dynamique des associés à l'égard des tiers.

L'article 2252 qui régit l'amalgame des régimes, est situé dans la section du chapitre sur les sociétés en participation établissant les rapports des associés envers les tiers. Les commentaires du ministre de la Justice⁸³ indiquent que cette disposition s'inspire de l'article 1872 du *Code civil* français. Si la coexistence de la société et de l'indivision est admise tant en droit français qu'en droit québécois, le législateur français se montre par contre beaucoup plus explicite que son homologue québécois quant à l'interaction des régimes juridiques applicables. Il n'est pas dénué d'intérêt de comparer le libellé employé outre Atlantique avec celui adopté par le législateur en 1994 :

83. Québec, Ministre de la justice, *supra* note 12 à la p. 1419 (art. 2252).

C.c.Q.

Art. 2252 À l'égard des tiers, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société.

Sont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de leur apport, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant que subsiste le contrat de société.

Art. 2253 Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul obligé à l'égard des tiers. Toutefois, lorsque les associés agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers, chaque associé est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations résultant des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés.

Art. 2254 Les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes contractées dans l'exercice de leur activité, à moins que celles-ci n'aient été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise commune; ils sont tenus envers le créancier, chacun pour une part égale, encore que leurs parts dans la société soient inégales.

C.c.f.

Art. 1872 À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société.

Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société.

Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision.

Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social.

Art. 1872-1 Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.

Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.

Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit.

Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1872 (alinéas 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre I^{er} du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1873-2 ont été accomplies, celles du titre IX *bis* du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision.

S'il est possible de constater que les hypothèses d'indivision de biens mises à la disposition de l'activité commune sont semblables dans les deux législations, la comparaison permet toutefois de constater l'ambiguïté qui règne en droit québécois quant au régime juridique devant prédominer : celui de la société ou de l'indivision? En droit français, le législateur prend clairement position en faveur de l'application du régime de l'indivision à l'égard des tiers : «Les indivisions sont, désormais, plus structurées que les sociétés en participation [...]. Les règles précises de l'indivision s'introduisent dans les lacunes des situations moins structurées que sont ces sociétés. De surcroît, les dispositions relatives à ces types de sociétés sont supplétives [...], alors que celles qui concernent l'indivision sont impératives⁸⁴».

À l'article 1872-1 *C.c.f.*, le législateur français précise encore que tous les associés sont réputés gérants de l'indivision. En l'absence de disposition semblable, peut-on conclure avec une «certitude» raisonnable que le régime de l'indivision viendra damer le pion à celui des sociétés dans le même cadre que le droit français? En d'autres termes, existe-t-il, en droit québécois, compte tenu du libellé actuel du *Code*, un risque de chevauchement entre les régimes?

Nous ne le croyons pas. Le deuxième alinéa de l'article 2252, en prévoyant l'indivision comme mode de détention des biens, constitue une alternative à la règle prévue au premier alinéa en vertu de laquelle chaque associé demeure propriétaire de ses biens. D'ailleurs, l'emplacement même du texte dans le *Code* milite en faveur de cette interprétation. Deux interrogations demeurent toutefois : les conséquences engendrées par la présence d'une masse de biens indivis sur le caractère occulte ou ostensible de la société (1.), de même que sur l'étendue du gage des créanciers (2.).

1. La corrélation entre la révélation de la société et l'existence d'une masse indivise

La société en participation est un groupement contractuel qui, par essence, n'a aucune existence à l'égard des tiers. Par conséquent, les biens demeureront la propriété privative de chacun des associés qui s'engageront personnellement, ou encore par l'intermédiaire d'un gérant, si telle est leur

84. F. Dekeuwer-Defossez, *supra* note 1 au n° 6.

volonté. La question est alors de savoir si une société en participation dont certains biens sont détenus en indivision par les associés peut conserver son caractère occulte. La réponse est importante lorsque l'on sait qu'une société dont l'existence est révélée⁸⁵ aux tiers offre un gage plus étendu aux créanciers : «lorsque les associés agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers, chaque associé est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations résultant des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés⁸⁶».

En imposant cette sanction, le législateur a «voulu interdire aux participants de se comporter à l'égard du public comme s'ils étaient des associés ordinaires, c'est-à-dire comme s'ils disposaient d'un véritable pouvoir de représentation⁸⁷». Dans la mesure où ils passent outre à cette règle et qu'ils portent l'existence de la société à la connaissance des tiers, la protection du public doit être assurée.

La révélation de la société en participation n'a donc pas pour effet de créer une nouvelle société avec un nouveau régime juridique pour les parties. La révélation a, en fait, une portée plutôt restreinte et ne doit être considérée que par rapport à certaines personnes qui auraient pu être informées du comportement des associés : «[l]'article [2253] vise seulement à protéger les tiers en réglementant les effets d'un certain comportement susceptible de faire naître dans leur esprit l'idée d'un engagement des participants. Or, ce comportement peut n'apparaître qu'aux yeux de certains tiers. Seuls ceux-ci méritent alors la protection légale⁸⁸». Toute autre est la question quant à l'auteur de la révélation.

La révélation de la société doit ainsi résulter des associés et non de l'effet du hasard : «[s]i les tiers viennent à connaître l'existence de la

85. Pour certains, la notion de révélation aux tiers présente peu d'intérêt, car la vraie question est de savoir qui s'engage à l'égard des tiers : J. Vallansan et É. Desmorieux, *Société en participation et société créée de fait*, collection Pratique des affaires, Paris, GLN Joly, 1996 aux pp. 11, 48-49; C. St-Alary-Houin, *supra* note 16 au n° 24 aux pp. 663-664.

86. Art. 2253 *C.c.Q.*

87. X. Blanc-Jouvan, «La révélation aux tiers de la société en participation» (1959) *Rev. trim. dr. com.* 649 à la p. 663.

88. P. Petel, «La révélation aux tiers de la société en participation», [1987] *J.C.P., Actualités/Droit et Gestion*, 16369 au n° 3.

participation en l'absence de toute initiative d'un quelconque associé, il n'acquiert donc aucune action à l'encontre des participants qui n'ont pas personnellement traité avec eux⁸⁹. Seul un comportement «d'associé» par la collectivité, peut justifier leur responsabilité. Certaines situations ne font aucun doute :

Le ou les coassociés peuvent d'abord tous intervenir personnellement à l'acte, notamment en le signant. Ils s'engagent alors solidairement ou non aux côtés du gérant. C'est ce que réclament par prudence généralement les établissements de crédit. Les associés peuvent également donner mandat à l'un d'entre eux (au gérant) pour agir en leur nom. Dans ce cas, le gérant associé agit en son nom personnel mais également par représentation des coparticipants et à la condition de justifier de son pouvoir. Les coassociés ou certains d'entre eux peuvent également se faire immatriculer au registre [...] comme participants à une société en participation (cas de l'exploitation indivise d'un fonds de commerce). En pratique, ils se font alors inscrire sous l'appellation erronée de société de fait. Ils peuvent également se porter caution des engagements du gérant⁹⁰.

Les agissements d'un seul associé ne seraient donc pas suffisants pour provoquer une révélation au sens de l'art. 2253. Ces agissements ne seraient pas plus considérés que ceux d'un tiers qui, au fait de son existence, la dévoilerait. Il n'apparaît donc pas conforme à l'intention du législateur de permettre aux tiers de poursuivre tous les associés alors que la révélation ne dépend que de l'un d'eux⁹¹.

L'expérience du droit français est extrêmement intéressante sur cette question. En France, avant 1978, le caractère occulte ou ostensible de la société en participation dépendait de l'existence d'une masse de biens indivis. La réforme de 1978 a abandonné cette corrélation entre la présence d'une indivision

89. *Ibid.* au n° 212,

90. J. Vallanson et É. Desmorieux, *supra* note 85 à la p. 49.

91. *Ibid.* aux pp. 48-49; Y. Guyon, *Droit des affaires*, 10^e éd., t. 1, Paris, Economica, 1999 au n° 525; P. Petel, *supra* note 88; A. Picand L'Amezec, «L'obligation des associés en participation envers les tiers» (1990) *Rev. soc.* 567; *Comm.* 15 juill. 1987 : *Rev. soc.* 1988, 70; P. Didier [1988] *J.C.P.*, II-Jurisprudence, 20958, note Petel; 13 janvier 1998, *Rev. soc.*, 1998 à la p. 103, note P. Le Cannu.

et le caractère ostensible. Ainsi, le principal obstacle législatif ayant disparu, plus rien n'empêche – à tout le moins en théorie – une société en participation de manœuvrer avec une masse de biens indivis et d'éviter l'engagement financier de ses participants. La question est alors de savoir *comment* un tel montage est possible en conservant le caractère secret du groupement? Dans une étude impressionnante, effectuée au début des années 80, la professeure Françoise Dekeuwer-Defossez a démontré qu'il était «illusoire de penser qu'une société occulte puisse fonctionner avec des biens indivis⁹²». Deux difficultés ont été principalement relevées par l'auteure : la publication de la convention d'indivision et l'influence de la masse indivise sur l'étendue des pouvoirs du gérant.

Concernant le premier point, il est clair qu'une difficulté peut se présenter si les associés-indivisaires ont conclu une convention d'indivision impliquant des immeubles. Il a déjà été souligné que, dans ce cas, pour respecter les règles de la publicité foncière⁹³, la convention devait être publiée. Toutefois, il demeure toujours possible pour les indivisaires de ne pas procéder à la publication et de conserver ainsi le caractère secret de la convention. Dans un tel cas, l'indivision conventionnelle portant sur l'immeuble sera inopposable aux tiers⁹⁴. En matière mobilière, le problème ne se pose pas et le caractère occulte de la société pourra, à tout le moins en théorie, être conservé.

L'autre difficulté pouvant se présenter concerne la gestion de la société. En effet, dans l'hypothèse où la société n'a pas d'existence à l'égard des tiers, le danger est que l'associé-indivisaire engage les biens indivis au-delà de ce qui est prévu par la loi ou encore à la convention. Est-il nécessaire de le rappeler, à la différence du droit des sociétés où les associés bénéficient d'un pouvoir de représentation mutuelle⁹⁵, l'indivisaire ne peut vendre seul un bien parce qu'il ne lui appartient pas en totalité. Il aura donc besoin d'un mandat exprès, à défaut de quoi la vente pourra être considérée non valable pour l'excédent de la quote-

92. F. Dekeuwer-Defossez, *supra* note 1 au n° 10.

93. Art. 1014, 2938 al. 1, 2941 C.c.Q.

94. Art. 1014 *a contrario* C.c.Q.

95. Art. 2215 al. 1, 2219 C.c.Q.

part qu'il détient⁹⁶. Les tiers qui auront contracté avec le gérant, ne connaissant pas l'existence de la société, n'auront pu vérifier l'étendue de ses pouvoirs et, par conséquent, pourront faire face à une contestation de l'acte. À cet égard, la combinaison d'une indivision à une société en participation occulte altère le régime juridique des sociétés à l'égard des tiers et engendre ainsi une diminution du régime de protection⁹⁷.

2. L'étendue du gage des créanciers

Tel qu'il a déjà été expliqué, en matière de copropriété par indivision, il ne saurait être question de transfert ou de mutation en faveur d'une autre entité. Néanmoins, il faut reconnaître qu'il se forme en la matière une universalité consacrée en quelque sorte à l'indivision. Le premier alinéa de l'article 1035 C.c.Q. prévoit en effet que «les créanciers dont la créance résulte de l'administration sont payés par prélèvement sur l'actif, avant le partage». Il existe ainsi deux catégories de créanciers : ceux dont la créance résulte de l'indivision et les créanciers personnels des indivisaires. Un statut particulier est donc conféré aux biens composant l'actif de l'indivision. Ce qui amène à conclure qu'il existe en la matière une division du patrimoine telle qu'envisagée par le Code à l'article 2 al. 2 C.c.Q.

Un tel gage préférentiel n'existe pas dans le cadre d'une société en participation. Cette dernière est, par essence, dénuée de patrimoine. Les apports – nous l'avons déjà mentionné – ne sont pas translatifs de propriété, ils sont seulement mis à la disposition de la société ou encore du gérant⁹⁸. Cette absence de patrimoine se verra toutefois atténuée par la superposition au contrat de société d'une indivision. Les sociétés en participation tendront alors à ressembler aux sociétés en nom collectif. Il y aura affectation de biens à un but commun et les créanciers de l'indivision bénéficieront ainsi d'un véritable droit de priorité par rapport aux créanciers personnels des associés : «Les sociétés en

96. *Curateur public du Québec c. Barbeau*, [1985] C.P. 142; *Dostie c. Caisse populaire de Sherbrooke-Est*, [1990] R.D.I. 840 (C.S.). Le principe est le même en cas d'hypothèque : *Sigouin c. Éthier-Beauchamp*, [1978] C.A. 387; *Gagnon c. Paquette*, [1988] R.D.I. 202 (C.S.).

97. N. N. Antaki et C. Bouchard, *supra* note 48 à la p. 391.

98. N. Decoopman, «La notion de mise à disposition» (1981) *Rev. trim. dr. civ.* 300 à la p. 312 et s.

participation ostensibles fonctionnant au moyen de biens indivis tendent à ressembler à des sociétés civiles ou en nom collectif : on y retrouve la même affectation d'un patrimoine, les mêmes organes, le même caractère ostensible⁹⁹».

Ceci étant, le droit de priorité des créanciers trouve son fondement dans l'existence d'une indivision. La société n'étant pas propriétaire des biens indivis, rien ne fait obstacle à ce que des indivisaires puissent demander le partage avant la dissolution de la société¹⁰⁰. En effet, l'indivision demeure soumise à l'article 1030 *C.c.Q.*¹⁰¹. La seule alternative dans ce cas demeure donc la convention d'indivision reportant l'exercice du droit de demander le partage.

Les précédents développements ont ainsi permis de constater que pour faire bon ménage avec l'indivision, l'organisation d'une société en participation doit être supportée par une convention permettant d'atténuer la trop grande fragilité du régime légal de l'indivision.

Conclusion

Le présent travail aura essentiellement permis de constater l'évolution du droit des groupements. Plusieurs alternatives s'offrent désormais aux personnes qui désirent exploiter une entreprise hors du cadre de la personnalité morale. La société de personnes et l'indivision font aujourd'hui, contre toute attente, partie du même camp! Le législateur a, en effet, rapproché étroitement les institutions, à tel point qu'il peut être extrêmement difficile de distinguer entre une société en participation et une indivision organisée. D'autant plus, qu'une société en participation peut même aujourd'hui fonctionner avec un patrimoine indivis.

Cette abolition des frontières entre les groupements remet toutefois en question le système de distinction traditionnel. Le rempart de la personnalité morale disparu, quel critère de qualification peut rendre compte avec justesse

99. F. Dekeuwer-Defossez, *supra* note 1 au n° 52.

100. En France, l'article 1872-2 du *Code civil* dispose qu'aucun associé ne peut demander le partage tant que la société n'est pas dissoute.

101. On pourrait peut-être s'opposer au partage en invoquant l'affectation du bien à un but durable si l'existence d'un tel but est démontrée dans le cadre d'une société. Voir sur cette question, L. Laflamme, *supra* note 22 à la p. 158.

de la réalité des entités? En fait, la dynamique de la société se distingue de l'état statique de l'indivision, même organisée, par l'esprit de collaboration qui fonde le contrat de société. C'est en ce sens que l'autonomie des techniques juridiques peut encore être maintenue.

L'abolition des frontières entre la société et l'indivision permet aussi d'assister à l'éclosion d'une nouvelle technique juridique lorsqu'une indivision est superposée à une société en participation. Cette société se voit alors dotée d'une certaine individualité juridique, que ne détenait pourtant aucune des deux institutions d'origine. L'évolution est importante. Si à une époque l'efficacité d'un groupement se mesurait par la détention de la personnalité morale, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Le dynamisme de l'action collective dépasse largement le cadre de la personne morale. La société en participation et l'indivision en constituent des preuves éclatantes!

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DES INFRACTIONS DE CONDUITE AVEC CAPACITÉ AFFAIBLIE : LA COUR SUPRÊME FAIT-ELLE FAUSSE ROUTE?

Auteur(s) : Simon ROY

Revue : RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : 351-376

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12363>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12363>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DES INFRACTIONS DE CONDUITE* AVEC CAPACITÉ AFFAIBLIE : LA COUR SUPRÊME FAIT-ELLE FAUSSE ROUTE ?

par Simon ROY**

À la veille de l'amendement de la peine maximale prévue pour l'infraction de conduite avec capacité affaiblie causant la mort, un réexamen de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'élément intentionnel exigé chez le conducteur ivre s'impose.

Après une brève description de l'état actuel du droit, l'auteur commente les raisonnements majoritaires et minoritaires avancés dans l'affaire Penno. À cette fin, il traite de concordance entre l'actus reus et la mens rea, de la défense de diligence raisonnable et finalement du caractère volontaire de la consommation ou de l'intoxication. En réponse aux lacunes observées, une solution de rechange est aussi proposée.

The imminent amendment of the sentencing provision regarding impaired driving causing death dictates a reconsideration of the Supreme Court's ruling on the mens rea of intoxicated drivers.

After a brief description of existing law, the author analyses the reasoning of the majority and the minority in the Penno case. Specifically, he discusses the concordance between actus reus and mens rea, the defence of due diligence and the voluntary nature of intoxication or consumption. In the light of the lacunae observed, the author proposes an alternate approach.

*. Afin d'éviter d'ajouter à la confusion qui entoure les éléments essentiels des infractions de conduite avec capacité affaiblie, nous avons volontairement omis de considérer la façon alternative de commettre ces infractions, soit assumer la garde ou le contrôle d'un véhicule. Précisons toutefois que nos remarques au sujet de l'intention de conduire s'appliquent *mutatis mutandis* à celle d'assumer la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur.

**. Étudiant, Doctorat en droit de l'Université d'Ottawa. Nous remercions les professeurs Pierre Rainville (Faculté de droit de l'Université Laval) et René Turcotte (Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke) pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent toutefois que l'auteur.

SOMMAIRE

A)	La forme actuelle de la <i>mens rea</i> des infractions de conduite avec capacité affaiblie	356
B)	Critique des positions avancées par les juges de la Cour suprême dans <i>Penno</i>	358
(1)	L'absence de concordance entre la <i>mens rea</i> et l' <i>actus reus</i> de l'infraction	358
(2)	L'absence d'une défense de diligence ou d'erreur de fait raisonnable à l'égard de l'affaiblissement de la capacité de conduire	361
(3)	L'importance indue accordée au caractère volontaire de la consommation ou de l'intoxication	367
C)	Une nouvelle interprétation de l'élément intentionnel exigé par l'article 253a) C.cr.	370
(1)	Solution extrême A : la protection maximale du public	370
(2)	Solution extrême B : une faute subjective afin d'éviter de punir la personne moralement innocente	371
(3)	Une solution mitoyenne : la faute objective	372
	Conclusion	375

La conduite d'un véhicule automobile par une personne dont la capacité de le faire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue demeure malheureusement une situation fréquente. En 1998 seulement, on dénombre au Canada près de 82 000 condamnations¹ pour les quatre accusations² susceptibles d'être portées contre un conducteur en raison de son état d'ébriété. En réponse à ce problème, la ministre de la Justice Anne McLellan présentait, le 3 décembre 1999, le projet de loi C-18³ rendant passible d'emprisonnement à perpétuité une personne déclarée coupable de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie causant la mort⁴.

Un tel alourdissement de la peine prévue au paragraphe 255(3) du *Code criminel*, placerait la conduite avec capacité affaiblie causant la mort parmi les plus graves infractions du code, sur un pied d'égalité avec l'homicide involontaire coupable (236 C.cr.) et la négligence criminelle causant la mort (220 C.cr.).

Dans ce contexte, nous croyons, et c'est là le but du présent texte, qu'il est nécessaire de s'interroger sur le caractère approprié de l'élément intentionnel⁵ des infractions de conduite avec capacité affaiblie⁶ tel que défini

-
1. Données compilées par Statistiques Canada (www.statcan.ca), CANSIM, matrice 310, tableau intitulé «Délits de la Route».
 2. Conduite avec capacité affaiblie [253a) C.cr.], conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg par 100 ml de sang [253b) C.cr.], conduite avec capacité affaiblie causant des lésions corporelles [255(2) C.cr.] et conduite avec capacité affaiblie causant la mort [255(3) C.cr.]. Précisons que sur les 81821 condamnations, 1048 furent prononcées en vertu du paragraphe 255(2) et 136 sous le paragraphe 255(3).
 3. P.L. C-18, *Loi modifiant le Code criminel (conduite avec facultés affaiblies causant la mort et autres matières)*, 2e sess., 36e lég., 1999-2000. En date du 20 juin 2000, le projet de loi avait été adopté par la Chambres des communes (15 juin 2000) et se retrouvait devant le Sénat.
 4. La peine maximale actuelle est de 14 ans d'emprisonnement : 255(3) C.cr.
 5. Nous utilisons dans le présent texte les termes «élément intentionnel», «intention» et «*mens rea*» de façon interchangeable.
 6. Rappelons que l'élément intentionnel requis pour l'infraction de conduite avec capacité affaiblie causant la mort est le même que celui exigé pour l'infraction de conduite avec capacité affaiblie, la poursuite n'ayant pas à faire la preuve d'un élément intentionnel à l'égard de la conséquence prohibée (décès de la victime). Dans un contexte analogue (l'affaire *Desousa*), la Cour suprême a statué que la justice fondamentale n'exige pas que l'élément intentionnel se rapporte à tous les éléments de l'*actus reus*. Le juge Sopinka écrit à ce sujet dans *La Reine c. Desousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, 966-67: «une conduite peut

par la Cour suprême dans l'affaire *La Reine c. Penno*⁷. Plus spécifiquement, nous avançons que, dans sa volonté de protéger adéquatement le public, la Cour suprême a relégué aux oubliettes certains principes légaux de base lorsqu'est venu le temps de circonscrire l'élément intentionnel des infractions de conduite avec capacité affaiblie.

Afin de soutenir cette affirmation, il est essentiel de procéder en trois étapes. Dans un premier temps, nous analyserons le sens et la portée que la Cour suprême a donné à l'élément intentionnel de cette infraction avant d'en faire, dans un second temps, la critique. Nous terminerons en proposant une façon nouvelle de concevoir l'élément intentionnel exigé par les infractions de conduite avec capacité affaiblie.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, qu'il nous soit permis de faire deux brèves remarques en relation avec le libellé de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie. L'article 253 C.cr. se lit ainsi :

253 Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent. La même agression peut causer une blessure à une personne mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. Ce principe s'exprime par la condamnation à des peines maximales plus sévères dans le cas des infractions dont les conséquences sont plus graves. Les tribunaux et le législateur reconnaissent le préjudice effectivement causé en concluant que, pour des cas égaux par ailleurs, une conséquence plus grave commande une réaction plus sérieuse.»

7. *La Reine c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865. Soulignons que le libellé de l'alinéa 253a) C.cr. ne fournit aucun indice explicite quant à la nature exacte de l'élément intentionnel exigé de la part de l'accusé. Il revenait donc à la Cour suprême d'en fixer la teneur.

- a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;
- b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes par cent millilitres de sang.

Dans un premier temps, nous croyons que l'expression usuelle «conduite avec les facultés affaiblies» ne traduit pas convenablement le sens réel de l'article. Ce ne sont pas les «facultés» de l'accusé qui importent mais bien sa «capacité de conduire»⁸. Dans cette mesure, nous utilisons l'expression «conduite avec capacité affaiblie» pour désigner l'infraction prévue à l'alinéa 253a) C.cr.

Ensuite, bien que notre analyse porte sur la conduite avec capacité affaiblie, elle se transpose aisément à l'infraction jumelle de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg par 100 ml de sang. Pour ce faire, il suffit de remplacer nos références à la connaissance de l'affaiblissement de la capacité de conduire par la connaissance d'une alcoolémie supérieure à la limite légale.

Cela dit, passons à l'examen de la situation présente.

8. La Cour d'Appel utilise d'ailleurs l'expression «la preuve de l'affaiblissement de la capacité de conduire» dans l'arrêt *La Reine c. Laprise*, [1996] Q.J. no. 3950, par. 13 et ss.

A) La forme actuelle de la *mens rea* des infractions de conduite avec capacité affaiblie

En 1990, l'affaire *Penno* amène indirectement⁹ la problématique définition de la *mens rea* de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie devant la Cour suprême. Malheureusement, les sept juges présents ne s'entendent pas sur la nature de l'élément intentionnel exigé par l'alinéa 253a). Bien qu'ils en arrivent tous à la même conclusion quant à l'issue du pourvoi et qu'on ne puisse donc parler d'opinions dissidentes au sens strict, il n'en demeure pas moins que deux visions incompatibles sont avancées.

Selon un premier groupe de quatre juges¹⁰, l'arrêt *La Reine c. Toews*¹¹ règle la question si bien que la *mens rea* réside dans «l'intention de conduire un véhicule à moteur après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue»¹².

À l'opposé, les trois autres juges affirment que «l'élément moral de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies est l'intoxication volontaire»¹³ et citent à l'appui l'arrêt *La Reine c. King*¹⁴. Au sujet de l'arrêt *Toews*, cité par le groupe majoritaire, la juge McLachlin écrit, au nom des tenants de la position minoritaire :

Je ne puis conclure que notre Cour, dans l'arrêt *Toews*, a voulu modifier le principe établi depuis longtemps selon lequel l'élément moral de l'infraction définie à l'art. 234 [désormais 253a)] du *Code* réside dans le fait de s'intoxiquer volontairement et non dans la connaissance que l'on assume la garde et le contrôle [ou la conduite]

-
9. La discussion portait principalement sur l'admissibilité de la défense d'intoxication à l'encontre des divers crimes punissant la conduite d'un véhicule sous l'effet de l'alcool ou de drogue.
 10. *La Reine c. Penno*, *supra* note 7, à la p. 876 (juge Lamer), à la p. 890 (juges Wilson et L'Heureux-Dubé), à la p. 893 (juge LaForest).
 11. *La Reine c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119.
 12. *La Reine c. Toews*, *ibid.* à la p. 124.
 13. *La Reine c. Penno*, *supra* note 7 à la p. 904 (juges McLachlin, Sopinka et Gonthier).
 14. *La Reine c. King*, [1962] R.C.S. 746.

d'un véhicule à moteur, laquelle est susceptible d'être annihilée par l'affaiblissement des facultés même qui constitue l'élément essentiel de l'infraction.¹⁵

Sans vouloir diminuer la valeur de la position minoritaire pour autant, signalons immédiatement qu'à notre humble avis, ses partisans réfèrent à tort à l'arrêt *King* en guise d'appui. En effet, l'arrêt *King* énonce en toutes lettres qu'une consommation «involontaire» d'alcool ou de drogue peut entraîner la responsabilité sous l'alinéa 253a) C.cr. dans la mesure où l'accusé acquiert la connaissance de ses effets sur sa capacité de conduire :

[A] man who becomes impaired as the result of taking a drug on medical advice without knowing its effect cannot escape liability if he became aware of his impaired condition before he started to drive his car [...].¹⁶

D'ailleurs, la Cour formule la défense de l'accusé *King* en des termes qui ne laissent place à aucune équivoque sur la question :

The defence in the present case was that the respondent became impaired through no act of his own will and could not reasonably be expected to have known that his ability was impaired or might thereafter become impaired when he undertook to drive and drove his motor vehicle.¹⁷

Avouons que ces extraits se concilient plutôt mal avec l'idée que l'élément intentionnel de la conduite avec capacité affaiblie réside dans l'ingestion volontaire d'alcool ou de drogue.

Cette lacune au plan des appuis ne saurait toutefois nous dispenser de l'examen du bien-fondé de la position des juges minoritaires. Après tout, l'absence d'autorités concordantes ne suffit pas pour rejeter un argument.

15. *La Reine c. Penno*, *supra* note 7 à la p. 905.

16. *La Reine c. King*, *supra* note 14 à la p. 764.

17. *La Reine c. King*, *supra* note 14 à la p. 764.

Voilà donc, en bref, les deux positions exposées dans l'affaire *Penno* quant à l'élément intentionnel de l'infraction prévue à l'alinéa 253a). Il convient maintenant d'en faire la critique.

B) Critique des positions avancées par les juges de la Cour suprême dans *Penno*

Une analyse approfondie des opinions majoritaires et minoritaires de l'arrêt *Penno* met en relief trois déficiences fondamentales communes soit : (1) l'absence de concordance entre la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction, (2) l'absence d'une défense de diligence ou d'erreur de fait raisonnable à l'égard de l'affaiblissement de la capacité de conduire et finalement (3) l'importance indue accordée au caractère volontaire de la consommation ou de l'intoxication.

Il importe de s'attarder sur chacun de ces trois points.

(1) L'absence de concordance entre la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction

Selon la Cour suprême, l'*actus reus* de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie consiste à «conduire alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire»¹⁸.

Lorsqu'on compare cette définition à celle de la *mens rea*, on remarque que l'élément intentionnel exigé de la part de l'accusé ne correspond pas au comportement prohibé par le libellé de l'alinéa 253a) C.cr. La même remarque s'applique à l'infraction de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg par 100 ml de sang, car selon les arrêts *Daynard*¹⁹ et *Lynch*²⁰, la connaissance du taux d'alcoolémie ne fait pas partie de l'intention coupable²¹.

18. *La Reine c. Toews*, *supra* note 12 à la p. 124.

19. *R. c. Daynard* (1991), 28 M.V.R. (2d) 42 (C.A.O.).

20. *R. c. Lynch* (1983), 69 C.C.C. (2d) 274 (C.A.N.É.).

21. R. Libman, «The Defence of Drinking and Driving Offences : Too Drunk to Drive; Too Drunk for a Defence ?» (1991) 3 *J.M.V.L.* 15, 19.

Cette anomalie n'a pas semblé préoccuper outre mesure les juges siégeant dans l'affaire *Penno* puisqu'aucun d'eux n'a cru bon exiger que l'accusé ait la connaissance de l'affaiblissement de sa capacité de conduire à titre d'élément intentionnel. Faisant partie de la majorité, la juge Wilson écrit à ce sujet :

l'élément moral de l'infraction prévue au par. 234(1) [désormais 253a)] comprend la consommation volontaire d'alcool, mais l'*actus reus* exige la consommation volontaire d'alcool jusqu'à l'affaiblissement des facultés. Cette distinction paraît logique en ce sens que la consommation d'alcool jusqu'à l'affaiblissement des facultés pourrait bien établir l'absence d'intention d'avoir la garde ou le contrôle du véhicule à moteur et résulter en l'absence de mens rea tandis que la simple consommation ne le ferait peut-être pas. L'*actus reus* nécessite l'affaiblissement des facultés par l'alcool et non pas seulement la consommation préalable d'alcool. En faisant de l'exigence de l'affaiblissement des facultés un élément de l'*actus reus* plutôt que de la mens rea de l'infraction, le législateur a su éviter le cercle vicieux qui aurait autrement été inhérent à l'infraction.²²

Ce raisonnement nous paraît faire abstraction d'une exigence fondamentale : la mens rea doit toucher au moins un élément blâmable de l'*actus reus* et cet élément ne doit pas être dérisoire mais bien suffisant pour conclure au caractère moralement répréhensible de la conduite. Cette règle est clairement réitérée par la Cour dans l'affaire *Desousa* :

Dans l'arrêt *R. c. Hess*, [...], la Cour a conclu qu'un élément moral déterminé était requis à l'égard d'un élément blâmable de l'*actus reus*. À la condition qu'il existe un élément suffisamment blâmable de l'*actus reus* auquel se rattache un état d'esprit coupable, la loi n'exige pas qu'un autre élément de l'*actus reus* soit lié à cet esprit ou à un autre état d'esprit coupable. [emphasis dans l'original]²³

À l'évidence, la mens rea proposée par la majorité (l'intention de conduire après avoir consommé de l'alcool ou de la drogue) ne respecte pas

22. *La Reine c. Penno*, supra note 7 à la p. 891.

23. *La Reine c. Desousa*, supra note 6 à la p. 965.

l'exigence selon laquelle la *mens rea* doit toucher au moins un élément blâmable de l'*actus reus*. Rappelons que l'alinéa 253a) C.cr. ne prohibe pas la conduite d'un véhicule après avoir consommé de l'alcool ou de la drogue sans égard aux effets de ladite consommation²⁴. C'est la conséquence de la consommation (l'affaiblissement de la capacité de conduire) qui représente l'élément blâmable de l'infraction, pas la consommation elle-même. Pourtant, selon la définition des juges majoritaires, toute personne qui, intentionnellement, conduit après avoir consommé de l'alcool ou de la drogue aura formé l'intention requise par l'infraction de conduite avec capacité affaiblie, et ce, même si la quantité consommée est si minime qu'il n'en résulte aucun effet médicalement décelable. Bref, l'intention de poser un geste parfaitement légal (c'est-à-dire de prendre le volant après avoir bu une seule gorgée de bière) constitue, selon les juges majoritaires, un blâme moral suffisant.

Cette même lacune est encore plus flagrante dans la position défendue par les juges minoritaires (la *mens rea* correspond à l'intention de s'intoxiquer). Il y a longtemps que la prohibition est terminée et que la consommation d'alcool est permise.²⁵ Vouloir en consommer jusqu'à l'affaiblissement de ses facultés ne change rien à ce fait tel que le démontre le raisonnement suivi dans l'arrêt *Daviault*²⁶. Néanmoins, l'intoxication volontaire suffit, du point de vue des juges minoritaires, pour soutenir que l'accusé ait une intention blâmable reliée à la conduite d'un véhicule avec capacité affaiblie. Selon cette logique, il faudrait conclure qu'une personne qui s'intoxique en plein cœur de la forêt et à plusieurs kilomètres d'un véhicule à moteur forme, par ce seul geste, une intention suffisante pour être inculpée de conduite avec capacité affaiblie. C'est

24. *R. c. Mavin* (1997), 119 C.C.C. (3d) 38, 51. (C.A.T.-N.).

25. Quant aux autres drogues, rappelons qu'aucune disposition ne prohibe la consommation de drogues au Canada et cela même si la possession, le trafic ou la culture de la drogue en question s'avèrent illicites.

26. *La Reine c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63 à la p. 92 où le juge Cory écrit : «L'intimée a fait valoir qu'en raison de la nature 'blâmable' de l'intoxication volontaire, force serait de conclure qu'il ne peut y avoir violation de la *Charte* dans l'hypothèse de l'adoption de la position avancée dans l'arrêt *Leary*. Je ne puis souscrire à cette prétention. L'intoxication volontaire n'est pas encore un crime. En outre, il est difficile de conclure qu'un tel comportement doive toujours constituer une faute visée par l'application de sanctions criminelles.»

du moins à ce genre de conclusion que nous pousse la logique des juges minoritaires.

Sur le tout, on se doit de constater que les deux formes de *mens rea* retenues par les juges de la Cour suprême dans l'affaire *Penno* violent un principe de base de notre droit pénal, soit l'exigence d'une concordance minimale entre l'*actus reus* et la *mens rea* d'une infraction. Il est d'ailleurs pour le moins difficile de comprendre comment la Cour a pu passer sous silence ce principe élémentaire dans l'affaire *Penno* si l'on considère qu'elle a rendu, la même journée, l'arrêt *La Reine c. Hess et Nguyen*²⁷ en se basant justement sur celui-ci.

(2) L'absence d'une défense de diligence ou d'erreur de fait raisonnable à l'égard de l'affaiblissement de la capacité de conduire

L'exigence d'une défense minimale de diligence ou d'erreur de fait raisonnable à l'encontre des crimes passibles d'une peine d'emprisonnement résulte de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit à chacun que toute atteinte à sa liberté sera faite en conformité avec les principes de justice fondamentale. C'est du moins l'avis du juge Lamer :

[D]ans tous les cas où l'état recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, [...] la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. [...] [M]ême dans les cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [emphasis dans l'original]²⁸

27. *La Reine c. Hess et Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906.

28. *La Reine c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 à la p. 652. L'importance fondamentale de cette règle est rappelée par la juge Wilson dans l'arrêt *La Reine c. Hess et Nguyen*, *supra* note 27 à la p. 918 : « Notre respect du principe que ceux qui n'ont pas eu l'intention de causer un préjudice et qui ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de ne pas commettre d'infraction ne devraient pas être emprisonnés découle du sentiment très clair qu'emprisonner une personne 'moralement innocente' revient à infliger une grave atteinte

Nul doute que le coeur de l'infraction prévue à l'alinéa 253a) est l'affaiblissement de la capacité de conduire. C'est la circonstance qui transforme un acte autrement routinier (conduire un véhicule) en un crime véritable. Pourtant, un accusé ayant adopté une conduite irréprochable à cet égard sera tout de même condamné, car la négligence quant à l'état de la capacité de conduire ne fait pas partie de la *mens rea* de l'infraction. Afin d'illustrer cet argument, voici deux exemples.

Exemple 1

Notre accusé est invité à un mariage. Durant la journée et la soirée, il célèbre avec les autres convives en consommant une quantité appréciable de boissons alcoolisées. Une fois la fête terminée, notre fêtard, conscient de son état d'ébriété avancé, décide de passer le reste de la nuit à l'hôtel où avait lieu la noce plutôt que de retourner chez lui au volant de sa voiture. Après quelques heures de sommeil, il se réveille et se sent en pleine forme. Pour plus de sûreté, notre individu décide toutefois de confirmer sa perception de son état au moyen de l'ivressomètre mis à la disposition de la clientèle dans le hall de l'hôtel. L'appareil, qui semble en bon état de fonctionnement, ne détecte aucune trace d'alcool dans l'échantillon d'haleine fourni par l'accusé. Rassuré, ce dernier monte dans son véhicule et se dirige vers son domicile.

Malheureusement pour notre accusé, l'appareil qu'il a utilisé est défectueux. Sur le chemin du retour, un policier l'intercepte, l'amène au poste et le somme de fournir un échantillon d'haleine. L'appareil des policiers étant en meilleur état, il indique que l'alcoolémie de l'accusé se situe à 90 mg par 100 ml de sang. Au procès, l'expert en toxicologie de la poursuite affirme qu'une

à sa dignité et à sa valorisation personnelle. Lorsque les convictions de cette personne et ses actions à l'origine de la perpétration de l'infraction sont traitées comme si elles n'avaient aucune pertinence au regard de la décision de l'État de l'incarcérer automatiquement pour avoir commis l'acte interdit, cette personne n'est ni plus ni moins traitée que comme un moyen pour parvenir à une fin. On dit essentiellement à cette personne qu'en raison d'un objectif social ou moral prédominant, elle doit être privée de sa liberté même si elle a pris toutes les précautions raisonnables pour s'assurer qu'aucune infraction ne serait perpétrée.»

alcoolémie de ce niveau a nécessairement pour effet d'affaiblir la capacité de conduire.

En défense, l'accusé affirme avoir pris toutes les précautions raisonnables pour éviter de commettre l'infraction. Il cite à l'appui le résultat de l'ivressomètre de l'hôtel confirmant sa propre perception de son état.

À l'évidence, cet accusé sera, malgré sa diligence raisonnable, déclaré coupable sur la base de l'arrêt *Penno* puisqu'il a entrepris de conduire son véhicule après avoir volontairement consommé de l'alcool (opinion des juges majoritaires) ou puisqu'il s'est volontairement intoxiqué (opinion des juges minoritaires).

C'est le résultat auquel est parvenue la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. c. Penner*²⁹, une cause où l'accusé, après avoir consulté de la documentation pertinente, concluait à tort que son alcoolémie se situait sous la limite légale. Pour justifier sa conclusion, la Cour écrit :

It was the accused's duty to know his own limit and the chart - an informal and unofficial document at best - can simply be regarded as a misguided attempt to aid him in the discharge of that duty. He cannot shift responsibility by relying on the statements or expectations of others; that is especially the case when such statements or expectations clearly leave a large area of judgement to him, with due regard to the several variables that can affect the ultimate result. Having deliberately consumed alcohol in quantities sufficient to produce a reading of 120 mg., even though he expected a lower reading, he cannot in law look to the chart as negating the presence of that degree of *mens rea* required to support the defence.³⁰

Devant un raisonnement si sévère, on ne peut que partager les interrogations des auteurs Mewett et Manning³¹. Après tout, si un accusé prend toutes les précautions raisonnables pour éviter de commettre une infraction et

29. *R. c. Penner* (1974), 16 C.C.C. (2d) 334 (C.A. Man.).

30. *R. c. Penner*, *ibid.* aux pp. 337-38.

31. A. Mewett et M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd Edition, Butterworths, Toronto, 1994, p. 385-387.

que sa conduite est néanmoins jugée fautive, n'est-ce pas là la définition même d'un régime de responsabilité absolue ?

Exemple 2

L'accusé, un expert en toxicologie, prend un verre d'alcool avec un collègue de travail afin de célébrer une promotion inattendue. Conscient, en raison de sa formation professionnelle, des effets de l'alcool sur l'organisme, il en consomme une quantité modérée de telle sorte qu'il évalue son alcoolémie, au moment de prendre le volant, à 40 mg par 100 ml de sang. Malheureusement, notre individu ignore qu'il souffre, depuis tout récemment, d'une maladie ayant pour caractéristique de décupler subitement les effets de l'alcool³². Sur le chemin du retour, sa capacité de conduire chute brusquement et c'est dans le fossé que les policiers le récupèrent, lui et son véhicule. Les signes de l'affaiblissement de sa capacité de conduire sont alors évidents.

Au procès, l'accusé soulève en défense que même une personne raisonnable n'aurait pu avoir une connaissance de sa maladie non diagnostiquée et encore moins de ses effets. Il affirme avoir agi sur la base d'une erreur de fait raisonnable, nommément la croyance qu'il était dans un état de santé normal.

Selon l'arrêt *Penno*, cet accusé sera, malgré son erreur de fait raisonnable, déclaré coupable puisqu'il a entrepris de conduire son véhicule après avoir volontairement consommé de l'alcool (position des juges majoritaires).

32. Pensons au diabète. En effet, selon le site Diabsurf, (<http://www.multimania.com/diabsurf.html>), la consommation de boissons alcoolisées par un diabétique en dehors des repas favorise l'hypoglycémie et la rend plus sévère, car l'alcool empêche le foie de fabriquer du sucre en réponse à l'hypoglycémie. Lorsque la glycémie s'abaisse de façon trop importante, le fonctionnement du cerveau est affecté et l'on peut retrouver un ou plusieurs des signes neurologiques suivants : troubles de la vue, mal de tête, jambes "en coton", vertiges, fatigue soudaine, somnolence, imprécision des gestes, sentiment de fonctionner au ralenti, sensation de perte de connaissance imminente, comportement bizarre, nervosité.

Évidemment, nos remarques précédentes (voir exemple 1) s'appliquent également à ce second cas, mais ce n'est pas tout. Cet exemple révèle, à notre humble avis, une contradiction flagrante avec la position actuelle du droit canadien à l'effet qu'un accusé intoxiqué peut tout de même bénéficier de la défense d'erreur de fait à condition que celle-ci ne résulte pas, en tout ou en partie, de son intoxication³³. Encore une fois, les définitions de la *mens rea* de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie préconisées dans l'affaire *Penno* privent l'accusé d'un moyen de défense pourtant reconnu en droit canadien.

Ces deux exemples démontrent qu'il est possible d'emprisonner quelqu'un en vertu de l'affaire *Penno* même si cette personne a fait preuve de diligence raisonnable afin d'éviter de commettre l'infraction ou encore a été victime d'une erreur de fait raisonnable. En termes simples, la Cour suprême a transformé l'alinéa 253a) en infraction de responsabilité absolue !

À l'encontre de cette critique, on pourrait être tenté d'avancer que la diligence raisonnable implique, dans le cas de la conduite avec capacité affaiblie, de :

- a) ne tout simplement pas consommer d'alcool ou,
- b) de ne conduire que si l'on est certain d'être en état de le faire.

L'argument a) nous apparaît spécieux dans la mesure où la diligence raisonnable exige que l'accusé prenne des moyens raisonnables afin de ne pas commettre l'infraction mais cela sans aller jusqu'à l'obliger à s'abstenir de poser des gestes parfaitement légaux parce qu'il existe une infime possibilité de commettre ainsi l'infraction par inadvertance. Poussé à l'absurde, ce type de raisonnement pourrait nous forcer à conclure que la diligence raisonnable implique, toujours dans le cas de l'alinéa 253a), de ne jamais s'approcher d'un véhicule peu importe notre condition physique.

33. *La Reine c. Reilly*, [1984] 2 R.C.S. 396 à la p. 405; *La Reine c. Bresse* (1978), 48 C.C.C. (2d) 78, 87 (C.A.Q.). Quant à l'erreur de fait causée par l'intoxication volontaire de l'accusé, nous concluons, à l'instar de la juge Wilson dans l'affaire *La Reine c. Penno*, *supra* note 7 à la p. 889, qu'un accusé «ne saurait alléguer que, par suite de l'affaiblissement de ses facultés, il ne se rendait pas compte que ses facultés étaient affaiblies quand il avait le garde ou le contrôle du véhicule à moteur».

L'argument b) n'a pas plus de valeur. Pour s'en convaincre, il nous suffit de référer par analogie aux propos de la juge Wilson dans l'arrêt *Hess et Nguyen* :

Les intimées prétendent que pour éviter le risque d'une déclaration de culpabilité, il suffit de ne pas avoir de rapports sexuels avec une jeune fille à moins d'être certain qu'elle a plus de quatorze ans [ou, dans notre cas, ne pas conduire à moins d'être certain de pouvoir le faire]. Mais cela ne répond pas à la question : qu'arrive-t-il si on est certain qu'elle a plus de quatorze ans [ou que l'on est en mesure de conduire] mais qu'il s'avère qu'on est dans l'erreur ? Cet argument revient à affirmer que, pour éviter une déclaration de culpabilité, une personne qui a commis une erreur de fait n'a qu'à s'assurer qu'elle ne commet pas une erreur de fait. Ce raisonnement paraît quelque peu tautologique.³⁴

Finalement, signalons que l'injustice sera tout aussi flagrante dans l'hypothèse où l'accusation origine de l'alinéa 253b) C.cr. L'accusé qui prend le volant en croyant, pour des motifs raisonnables, que son taux d'alcoolémie est (et restera) inférieur à la limite légale peut certainement être qualifié de personne moralement innocente. Pourtant, l'arrêt *Daynard*, à l'image de l'arrêt *Penno*, fait fi de ce détail. On peut y lire :

[T]he necessary mens rea for this offence was supplied by proof of the accused's voluntary consumption of alcohol and [it] was not necessary to prove, in addition, that when he drove he either knew that his blood alcohol level exceeded the permissible level or was reckless whether it did so.³⁵

Bref, les deux formes de *mens rea* proposées dans l'arrêt *Penno* violent l'article 7 de la *Charte* en ce qu'elles permettent la restriction de la liberté d'un individu (l'emprisonnement) tout en lui refusant la défense de diligence ou d'erreur de fait raisonnable à l'égard de l'élément crucial qui compose

34. *La Reine c. Hess et Nguyen*, *supra* note 27 à la p. 923.

35. *R. c. Daynard*, *supra* note 19 à la p. 43.

l'infraction. Il y a donc là un deuxième principe légal de base qui est malmené par la Cour.

(3) L'importance indue accordée au caractère volontaire de la consommation ou de l'intoxication

Imaginons un instant qu'un individu glisse un hallucinogène dans le breuvage non alcoolisé de son voisin de table à l'insu de celui-ci. Après que le voisin en question ait ingurgité le contenu du verre, le mauvais plaisantin lui annonce la nouvelle et l'informe des effets de la substance consommée. Outrée, la victime du tour quitte dans les minutes qui suivent les lieux au volant de son véhicule et ce bien que les effets de sa consommation involontaire commencent déjà à se faire sentir. Malgré toute la sympathie que l'on peut éprouver pour cette personne, il semble logique de conclure qu'en agissant ainsi, elle se rend coupable de l'infraction prévue à l'alinéa 253a) du C.cr.

Après tout, le libellé de l'alinéa 253a) n'exige pas que la consommation et/ou l'intoxication qui en résulte puissent être qualifiées de volontaires afin de retenir la responsabilité de l'accusé. Ce qui constitue l'essence de l'infraction, c'est de conduire alors que sa capacité de le faire est affaiblie par l'alcool ou une drogue. Un accusé qui a la connaissance, au moment où il a le volant entre les mains, de l'affaiblissement de sa capacité de conduire ne devrait pas être relaxé au simple motif que l'intoxication qui cause cet affaiblissement ou encore la consommation qui cause son intoxication étaient involontaires. Dans tous les cas, il aura pris la décision de créer le danger visé par l'alinéa 253a) du C.cr., ce qui nous apparaît amplement suffisant pour justifier un verdict de culpabilité³⁶.

36. Soulignons l'analyse d'un problème similaire faite par le juge Jean-Guy Boilard dans la décision *La Reine c. Asselin*, J.E. 90-1400 (C.S.). Le juge commence (p. 4) par déplorer la «certaine confusion au sujet de la nature exacte de l'état mental blâmable du contrevenant lors d'une accusation portée en vertu de l'alinéa 253a) du Code criminel». Il indique ensuite qu'à son avis, la conscience qu'a l'accusé de l'affaiblissement de sa capacité de conduire fait partie des éléments essentiels de l'infraction (p. 5). Il poursuit en précisant que bien que l'intoxication involontaire de l'accusé peut semer un doute sur sa conscience de l'affaiblissement de sa capacité de conduire, ce doute sera effacé si (p. 6) «le conducteur est tiré de cet état d'ignorance par ses propres constatations ou celles d'un tiers qui l'en informe ou encore s'il est averti de ne pas conduire à cause de son état d'ébriété». Quelques lignes plus loin, il ajoute : «C'est à tort, je crois, que l'on s'attardera sur la cause de l'ivresse en lui conférant une importance inopportune [...] Ce qui est défendu c'est le contrôle, la garde ou

Rappelons que le législateur cherche, par l'alinéa 253a), à retirer tous les conducteurs ivres de la route.

Pourtant, en mettant l'accent sur le caractère volontaire de la consommation ou de l'intoxication, les raisonnements (autant minoritaires que majoritaires) suivis dans l'affaire *Penno* nous obligent à conclure qu'une personne qui n'a pas voulu s'intoxiquer ou consommer de l'alcool ne peut être reconnue coupable bien qu'elle soit informée de l'affaiblissement de sa capacité de conduire au moment de prendre le volant³⁷.

la conduite d'un véhicule automobile par quelqu'un qui sait que sa capacité pour ce faire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue». Puis, il termine son analyse en revenant sur ce dernier point (p. 10) : «Encore une fois, l'origine de [l']état [de l'accusé] importe peu, qu'il s'agisse d'alcool ou d'une combinaison d'alcool et d'autres facteurs ou substances. Ce que la preuve devra démontrer c'est que celui qui en fut victime connaissait son inaptitude d'avoir la garde d'une automobile ou de la conduire.»

37. La confusion qui entoure le caractère volontaire de la consommation et/ou de l'intoxication ressort nettement à la lecture de l'arrêt *R. c. Mavin*, *supra* note 24. Le juge Marshall y analyse de long en large la distinction entre la consommation volontaire et l'intoxication volontaire, avant de conclure que la *mens rea* de l'infraction consiste à s'intoxiquer volontairement plutôt que de consommer volontairement (p. 51) : «The subsequent setting of *mens rea* standard at voluntary intoxication, rather than consumption, reflects the fact that it is not the consumption coupled with driving which is punishable, but excessive consumption to the point of intoxication combined with the operation, or care or control of a motor vehicle». Un problème se pose alors : s'il est relativement facile de prouver le caractère volontaire de la consommation, il est presque impossible de prouver la volonté de s'intoxiquer... En réponse, le juge Marshall écrit (p. 51) : «The fact that many do not intentionally drink to become intoxicated to the point of impairment cannot be used in support of argument that their resultant insobriety does not meet the legal norm of voluntary intoxication. This is because of the law's general recognition of recklessness or wilful blindness as sufficient to constitute the criminal *mens rea*». Suite à cet exposé, le juge s'engage dans une longue analyse de la preuve afin de chercher des signes d'insouciance ou d'aveuglement volontaire. On conviendra qu'il s'agit d'un chemin bien tortueux pour trouver un moyen de condamner quelqu'un qui a consommé en toute connaissance de cause de la bière et des Valium simultanément... Comme nous l'exposerons plus loin (voir partie C), le remplacement des notions de consommation et/ou d'intoxication volontaires par celle de conscience objective de l'affaiblissement de la capacité de conduire nous semble s'imposer.

Cette conséquence de l'affaire *Penno* ne va pas seulement à l'encontre du libellé de l'alinéa 253a), elle contredit aussi directement un principe émis dans l'arrêt *King*. Rappelons que dans cette affaire, le juge Ritchie écrivait :

a man who becomes impaired as the result of taking a drug on medical advice without knowing its effect cannot escape liability if he became aware of his impaired condition before he started to drive his car [...] ³⁸

Devant l'illogisme de la solution suggérée par l'affaire *Penno*, c'est sans surprise que la Cour d'appel du Québec a préféré appliquer les principes dégagés dans l'affaire *King* lorsqu'elle fut confrontée, en 1994, à un cas typique d'intoxication involontaire mais d'affaiblissement conscient de la capacité de conduire. En effet, dans *La Reine c. Cloutier* ³⁹ l'accusé arguait qu'il ignorait que ses médicaments l'affectaient toujours même s'il en avait cessé la consommation, et qu'il ne pouvait donc prévoir l'effet explosif d'une consommation d'alcool modérée. Bien que partageant ce point de vue, la Cour d'appel a conclu que le caractère involontaire de l'intoxication n'a pas d'importance dans la mesure où le juge de première instance était d'avis que «l'intimé, avant et au moment de la conduite du véhicule, était conscient de sa condition» ⁴⁰. On avouera que cette conclusion se concilie difficilement avec l'affirmation suivante du juge La Forest dans l'affaire *Penno* : «[J]e rappelle

38. *La Reine c. King*, *supra* note 14 à la p. 764.

39. *La Reine c. Cloutier*, J.E. 94-1476. (C.A.Q.).

40. *La Reine c. Cloutier*, *ibid.* à la p. 6. En 1982, la Cour d'appel de Terre-Neuve avait rendu l'affaire *R. c. Dunn*, [1982] N.J. No. 44 en se basant sur une proposition similaire à celle de la Cour d'appel du Québec : «It is clear that there was evidence of impairment and, having found that the impairment was brought about, at least in part, by the involuntary consumption of drugs, the Provincial Court judge addressed his mind to the question of whether the evidence adduced by the defence raised a reasonable doubt as to whether the respondent was so disabled when she assumed care and control of her motor vehicle as not to appreciate and know that she was or might become impaired. He concluded that the evidence did not support a finding of such lack of appreciation. Indeed on her own admission the respondent was aware that she was drunk when she entered the vehicle and that alone was sufficient to support the charge of having care and control of a motor vehicle while her ability to drive was impaired by alcohol [Nous soulignons]». On retrouve des affirmations au même effet dans les décisions *La Reine c. Bisson*, [1998] A.Q. no 3364 (C.M.) et *La Reine c. Picken*, [1997] A.Q. no 4591 (C.S.).

qu'une personne ne peut être visée par le par. 234(1) [désormais 253a) C.cr.] que si son intoxication est volontaire»⁴¹.

Bref, on s'explique mal comment le caractère volontaire de la consommation ou de l'intoxication, selon le cas, peut être déterminant aux yeux des juges (majoritaires et minoritaires) qui ont rendu l'affaire *Penno*. Une chose est cependant certaine, le libellé de l'alinéa 253a) et la jurisprudence aussi bien antérieure⁴² que postérieure⁴³ militent à l'encontre d'une telle position.

C) Une nouvelle interprétation de l'élément intentionnel exigé par l'article 253a) C.cr.

Manifestement, il est beaucoup plus aisé de critiquer l'état actuel du droit que de suggérer des innovations qui l'améliorent réellement. Afin de relever cette lourde tâche, nous commencerons par dépeindre les deux extrêmes et tenterons par la suite de dégager une solution mitoyenne.

(1) Solution extrême A : la protection maximale du public

Considérons un instant que l'alinéa 253a) crée une infraction de responsabilité stricte⁴⁴ plutôt qu'un crime de *mens rea*. Quelles en seraient les conséquences ?

D'une part, la poursuite n'aurait qu'à prouver hors de tout doute raisonnable l'*actus reus* de l'infraction pour remplir son mandat. Autrement dit, la preuve de la conduite avec capacité affaiblie constituerait une preuve *prima facie* de la culpabilité de l'accusé.

41. *La Reine c. Penno*, *supra* note 7 à la p. 894. Des passages similaires se retrouvent aux pages 884 (juge Lamer), 889 (juges Wilson et L'Heureux-Dubé), et 904 (juges McLachlin, Gonthier et Sopinka).

42. *R. c. Dunn*, *supra* note 40; *La Reine c. Asselin*, *supra* note 36.

43. *La Reine c. Cloutier*, *supra* note 39; *La Reine c. Picken*, *supra* note 40; *La Reine c. Bisson*, *supra* note 40.

44. Il est constitutionnellement impossible de faire de la conduite avec capacité affaiblie une infraction de responsabilité absolue, car ses variantes sont toutes passibles de l'emprisonnement : *La Reine c. Vaillancourt*, *supra* note 28 à la p. 652.

D'autre part, l'accusé pourrait contrer le travail de la poursuite en établissant par prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence raisonnable afin d'éviter la commission de l'infraction ou qu'alternativement, l'accomplissement du geste prohibé résulte d'une erreur raisonnable de sa part.

Manifestement, cette solution a l'avantage de la simplicité. Le concept de la responsabilité stricte est si connu que son extension à l'infraction de conduite avec capacité affaiblie se ferait sans heurt.

La valeur de ce gain en simplicité doit cependant être appréciée en fonction de l'effet du changement sur l'ensemble du régime touchant la conduite avec capacité affaiblie. Même en supposant que la majorité des observateurs ne verrait pas d'objection à ce que l'infraction prévue à l'alinéa 253a) soit classifiée parmi celles de responsabilité stricte, il en serait tout autrement des variantes plus graves de la conduite avec capacité affaiblie que l'on retrouve aux paragraphes 2 et 3 de l'article 255. En effet, il serait pour le moins inquiétant de considérer comme une infraction de responsabilité stricte un geste qui pourrait bientôt être passible de l'emprisonnement à perpétuité !

D'ailleurs, c'est probablement pour cette raison que le juge Dickson affirme «que la justice empêche que l'on se fie indûment à la responsabilité stricte ou absolue»⁴⁵ lorsqu'il est question des infractions en matière d'alcool au volant.

(2) Solution extrême B : une faute subjective afin d'éviter de punir la personne moralement innocente

Dans cette optique, la *mens rea* de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie devrait être formulée ainsi :

- l'intention de conduire alors que l'accusé a la connaissance que sa capacité de le faire est affaiblie (ou le sera sous peu)

45. *La Reine c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3 à la p. 22.

suite à la consommation volontaire ou non d'alcool ou de
drogue.⁴⁶

Évidemment, cette définition fait peser une lourde menace sur la protection du public, car un accusé pourrait invoquer avec succès qu'il n'a simplement pas porté attention à sa capacité de conduire au moment de prendre le volant. Qui pis est, on peut présumer que plus l'état d'ébriété d'un accusé sera élevée, moins ce dernier aura tendance à s'attarder à sa capacité de conduire, ce qui n'est rien pour rassurer les autres usagers de la route.

(3) Une solution mitoyenne : la faute objective

Un compromis entre les solutions extrêmes A et B peut être atteint par l'ajout d'un volet objectif à la définition exposée en B, ce qui donnerait la formulation suivante :

- l'intention de conduire alors que l'accusé a, ou aurait dû avoir, la connaissance que sa capacité de le faire est affaiblie (ou le sera sous peu) suite à la consommation volontaire ou non d'alcool ou de drogue.⁴⁷

Selon ce modèle, l'accusé peut, en défense, tenter de contrer la preuve de la poursuite quant à l'élément essentiel de l'infraction soit sa connaissance de l'affaiblissement de sa capacité de conduire au moment où il prend le volant.

46. On remarque que l'accent est mis sur la conscience qu'a l'accusé de son état et non sur la cause de cet état. Cette modification est en accord avec l'affaire *La Reine c. King*, *supra* note 14 à la p. 764.

47. L'article 273.2 du C.cr. nous suggère une deuxième façon d'insérer un critère objectif. Plus spécifiquement, on pourrait partir de la définition exposée en B) et préciser que l'erreur de fait ne constituera une défense valable que si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de ne pas commettre l'infraction. Cette seconde version comporte toutefois deux lacunes. D'abord, elle ne règle pas les cas où l'accusé ne s'attarde pas à sa capacité de conduire. Ensuite, l'exigence de mesures raisonnables n'est pas une garantie absolue contre les erreurs de fait sincères mais déraisonnables. Considérant les conséquences désastreuses que causent chaque jour la conduite avec capacité affaiblie, l'exigence d'une erreur de fait raisonnable nous semble souhaitable.

Toutefois, cette question devra être appréciée objectivement⁴⁸. Le critère à appliquer pour ce faire est simple : une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances conclurait-elle que sa capacité de conduire était affaiblie ? Si la réponse s'avère positive, l'accusé est réputé avoir eu la connaissance de son état et l'infraction est prouvée. Si la réponse est négative, il doit être acquitté⁴⁹.

Une précision s'impose ici. La norme de la personne raisonnable doit être adaptée en fonction des capacités de l'accusé. Si celui-ci est potentiellement incapable de prendre conscience de son état en raison d'une faiblesse dont il n'a pas le contrôle, il convient d'affubler la personne raisonnable de cette même faiblesse avant de se demander si elle aurait perçu l'affaiblissement de la capacité de conduire. Cet ajustement s'avère vital, car dans un système pénal basé sur la faute, le recours à la norme de la personne raisonnable n'a de sens que si l'accusé possède «les capacités et les aptitudes nécessaires pour lui permettre de prévoir ce que prévoirait une personne raisonnable»⁵⁰. Soulignons que l'ajustement est limité aux faiblesses dont l'accusé n'a pas le contrôle, ce qui exclut automatiquement les lacunes causées

48. C'est la raison d'être de la particule «ou aurait dû avoir» dans notre définition de la *mens rea*.

49. Évidemment, si l'ensemble de la preuve établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait une connaissance subjective suffisante de l'affaiblissement de sa capacité de conduire, il doit être déclaré coupable et ce peu importe le résultat du test objectif. Il n'est en effet pas nécessaire de chercher à imputer artificiellement à l'accusé une connaissance qu'il a de toute façon.

50. E. Fruchtmann, «Recklessness and the Limits of Mens Rea : Beyond Orthodox Subjectivism», (1986-87), 29 *Crim. L.Q.*, 421, 446; cité dans *La Reine c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 à la p. 26. Dans l'arrêt *La Reine c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, le juge en chef Lamer écrit ce qui suit au sujet du nécessaire ajustement des normes objectives (p. 1020) : «Même si l'on admet que l'omission d'une personne de prendre des mesures pour acquérir une connaissance raisonnable de toutes les possibilités qui s'offrent à elle peut constituer en soi une forme de choix, on peut encore soutenir que cela n'est vrai que si cette personne est capable d'acquérir et d'analyser des renseignements additionnels. Autrement dit, une personne ne 'choisit' pas de s'abstenir d'agir lorsqu'au départ elle est incapable d'agir ou de savoir quand agir. En conséquence, on peut avancer l'argument qu'il convient de prendre en compte les capacités et attitudes particulières de l'acteur en formulant la norme objective qui sert à déterminer l'existence d'autres solutions possibles, 'comme le moyen de s'en sortir sans danger [emphasis dans l'original].»

par une intoxication volontaire⁵¹ mais non celle résultant d'une intoxication involontaire⁵².

Cette nouvelle façon de définir l'élément intentionnel requis a l'avantage indéniable d'éviter les trois lacunes qui minent la solution actuelle. D'abord, elle assure une concordance suffisante entre *l'actus reus* et la *mens rea* de l'infraction en faisant de la connaissance de l'affaiblissement de la capacité de conduire de l'accusé un élément de la *mens rea*. Ensuite, elle permet la défense de diligence raisonnable ou d'erreur raisonnable quant à ce même élément. Finalement, elle mène à la condamnation des personnes qui ont conscience de l'affaiblissement de leur capacité de conduire au moment où ils prennent le volant et ce, peu importe le caractère volontaire ou non dudit affaiblissement ou de sa cause.

On pourrait être porté à croire que cette nouvelle définition ouvre la porte à une défense d'intoxication volontaire à l'encontre de l'intention de conduire⁵³. Or, il n'en est rien. En effet, rappelons que l'infraction de conduite avec capacité affaiblie est un crime d'intention générale ce qui signifie que, selon les règles actuelles, seul un degré d'intoxication confinant à l'automatisme pourrait être admissible en preuve⁵⁴. Au surplus, nous partageons l'avis exprimé par le juge Lamer dans l'affaire *Penno* selon lequel toute violation de l'article 7 résultant du retrait de la défense d'intoxication extrême à l'égard de

51. Selon l'arrêt *La Reine c. King*, *supra* note 14 p. 763, l'intoxication sera réputée volontaire si l'accusé connaît, ou aurait dû connaître, les effets probables de la (ou des) substance(s) qu'il a consommée(s). Bref, on constate que l'imposition d'une norme objective peut trouver appui dans la jurisprudence antérieure de la Cour suprême.

52. Il y a là une nuance majeure avec l'opinion exprimée par la juge Wilson dans l'affaire *La Reine c. Penno*, *supra* note 7 à la p. 889; selon laquelle un accusé «ne saurait alléguer que, par suite de l'affaiblissement de ses facultés, il ne se rendait pas compte que ses facultés étaient affaiblies quand il avait la garde ou le contrôle du véhicule à moteur». À notre avis, cette affirmation ne saurait tenir si l'ignorance de l'affaiblissement de la capacité de conduire résulte d'un affaiblissement des facultés intellectuelles qui ne peut être imputable à l'accusé. Ce sera entre autres le cas si la consommation de substances intoxicantes s'inscrit dans le cadre d'un traitement médical reconnu : *La Reine c. King*, *supra* note 14.

53. C'est là une des critiques faites par les juges minoritaires dans l'affaire *La Reine c. Penno*, *supra* note 7 à l'encontre de l'exigence d'une intention de conduire (p. 905).

54. *La Reine c. Daviault*, *supra* note 26.

l'infraction de conduite avec capacité affaiblie trouve sa justification dans l'article premier de la *Charte*⁵⁵. La doctrine⁵⁶ et quelques décisions⁵⁷ postérieures à l'arrêt *La Reine c. Daviault* confirment la justesse des propos du juge en chef Lamer.

Bref, la Cour suprême aurait eu avantage à considérer l'insertion d'un critère objectif dans l'élément intentionnel de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie avant de rendre l'affaire *Penno*. Après tout, cette position n'aurait été que le prolongement direct de l'arrêt *King* dans lequel on précise que le caractère volontaire de l'intoxication doit s'évaluer selon un point de vue... objectif⁵⁸.

Conclusion

Le problème soulevé par la définition de l'infraction de conduite avec capacité affaiblie n'est pas nouveau. Il y a plus de dix ans, le juge Dickson écrivait à ce sujet, dans l'arrêt *La Reine c. Whyte* :

À mon avis, nous devons reconnaître que la définition des infractions en matière d'alcool au volant constitue une tâche difficile pour le législateur. Le fait même que la consommation d'alcool constitue un élément de ces infractions soulève un problème en ce qui a trait à l'élément de l'intention. La justice empêche qu'on se fie indûment à la responsabilité stricte ou absolue. La protection de la société empêche qu'on mette indûment l'accent sur l'élément moral de ces infractions.⁵⁹

Cet extrait fait clairement ressortir les intérêts contradictoires qui rendent la question si difficile : d'un côté un comportement qui cause chaque année des pertes humaines et financières incommensurables, de l'autre la

55. *La Reine c. Penno*, *supra* note 7, aux pp. 881 et ss.

56. G. Côté-Harper et al, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Yvon Blais, Cowansville, 1998 aux pp. 1159-60.

57. *R. c. DeVingt*, [1999] O.J. No. 3610 (Ont. C.J.); *La Reine c. Boivin*, [1996] R.J.Q. 1445 (C.Q.); *R. c. Byers*, (1995) 103 C.C.C. (3d) 204 (Sask. Prov. Court).

58. *La Reine c. King*, *supra* note 14 à la p. 763.

59. *La Reine c. Whyte*, *supra* note 45 à la p. 22.

répugnance naturelle à emprisonner une personne en l'absence d'une preuve de sa volonté de commettre l'infraction reprochée en toute connaissance de cause.

À notre humble avis, le compromis jurisprudentiel actuel n'est pas satisfaisant, car il se fonde sur un élément intentionnel inutilement tronqué. Nous croyons que la solution de rechange proposée permet de maintenir un niveau de protection publique adéquat tout en intégrant à l'infraction de conduite avec capacité affaiblie une composante mentale qui lui fait présentement défaut. Certes, le mécanisme suggéré s'avère complexe. Cela étant, il faut se rappeler que le droit est d'abord et avant tout un outil au service de l'humain. On aurait donc tort de considérer comme immuables les principes qui le composent ou à tout le moins de chercher la solution à un problème à l'intérieur des seules règles existantes. Après tout, peut-être que la solution idéale au dilemme que pose l'infraction de conduite avec capacité affaiblie passe par la création de règles entièrement nouvelles?⁶⁰

60. Ce ne serait pas la première fois qu'une innovation bouleverse les concepts traditionnels du droit criminel. À titre d'exemple, qu'il suffise de rappeler l'extraordinaire impact de la création des infractions de responsabilité stricte : *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PREUVE HISTORIQUE DANS LE CADRE DES PROCÈS RELATIFS AU DROIT AUTOCHTONE ET AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Auteur(s) : Nelson-Martin DAWSON, Éric TREMBLAY

Revue : RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : 377-402

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12364>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12364>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PREUVE HISTORIQUE DANS LE CADRE DES PROCÈS RELATIFS AU DROIT AUTOCHTONE ET AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ*

par Nelson-Martin DAWSON**
Eric TREMBLAY***

Dans le cadre des procès relatifs au droit autochtone, aux crimes de guerre contre l'humanité et aux recours collectifs contre l'État, l'historien est de plus en plus souvent appelé comme expert par les procureurs de l'une et l'autre partie. Il doit alors faire la preuve de la validité de la méthode qui fonde sa discipline. Derrière les stratégies de prétoire, ce n'est pas seulement l'expertise du témoin-historien qui est jugée mais également la validité de la discipline historique en tant que savoir habilité à lire le passé et le témoignage des témoins morts. Cet article cherche donc à rappeler les fondements épistémologiques de l'histoire et, à l'aide d'extraits d'archives, à exposer de façon concrète en quoi consiste un véritable traitement historien des sources. L'aveu des limites et des faiblesses de Clio incitera-t-il Thémis à reconnaître elle aussi les limites de son bras justicier?

Within the context of lawsuits relating to aboriginal rights, crimes against humanity and class actions against the government, historians are more frequently called upon to act as expert witnesses before the courts by attorneys for the parties. Subjected to both court strategies, not only do historians have to establish the validity of their methodological approach, they also have to prove the reliability of their particular field of expertise in reading the past and in giving voice to those no longer living. This article seeks to reaffirm history's epistemological basis and, with the aid of archival extracts, outlines how a truly historical analysis of primary sources is pursued. Will an admission of Clio's limitations induce Themis to likewise acknowledge that past events could remain beyond her reach?

*. Texte d'une conférence donnée dans le cadre du cours DRT 550 «Droit constitutionnel approfondi» dispensé par le professeur Pierre Patenaude à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

**. Historien, Université de Sherbrooke.

***. Professeur de philosophie, Cégep de Chicoutimi.

SOMMAIRE

I.	Le positionnement épistémologique	380
II.	La méthode historique	385
	A. Transtemporalisation	385
	B. Lecture critique des textes	387
	C. Contexte de production	389
III.	Le traité Murray ou le jugement de la Cour jugé par l'histoire	392
IV.	La justice et l'historien	400
	Conclusion	404

Interroger le passé pour juger au présent? Interroger le passé au présent pour le juger? Comment la connaissance du passé peut-elle servir l'acte juridique dans une recherche de résolution de conflits? Quelle est la valeur de la preuve historique lorsqu'elle doit s'inscrire dans une stratégie juridique?

Cette série de questions interpelle peu l'historien académicien dans l'exercice quotidien de son art. Par contre, l'historien expert sollicité par l'un ou l'autre tribunal se voit confronté dans son savoir, dans son savoir-faire, dans sa méthodologie. Convié à témoigner sur une vérité historique porteuse de droit, l'historien expert doit chercher à manœuvrer avec une habileté redoublée dans l'art qui fonde sa discipline, devant le juge qui ne manquera pas de s'ériger en censeur pour contrôler la valeur de cette méthode. Ces réflexions qui nourrissaient déjà depuis un moment nos échanges se sont imposées plus impérativement lorsqu'il nous fallut les organiser de façon plus systématique pour en partager la teneur dans le cadre d'un colloque sur le rapport entre le droit et l'histoire tenu à l'Université du Québec à Montréal au printemps 1999.

La position alors adoptée ébranla quelques historiens académiciens; s'ensuivit un vif échange par le biais des journaux¹ qui commandait un positionnement épistémologique clair : comment l'histoire peut-elle constituer une preuve dans le cadre de procès tels ceux relatifs au droit autochtone ou aux crimes contre l'humanité? Cette question conduit, dans un premier temps, à évoquer les fondements, mais aussi les risques et les limites, de la démarche historique. De l'évaluation de cette démarche rebondissent les deux pièges les plus «naturels» posés sur le sentier emprunté par l'historien, lors de sa quête de connaissance sur l'antériorité : la subjectivité et le méchronisme².

Comment l'historien peut-il détecter ces pièges qu'il risque souvent de se tendre lui-même, par quelles compétences peut-il les désamorcer? À ces questions, il répondra que sa méthodologie le prémunit contre de tels écueils. Aussi, dans un deuxième temps, il s'agira de mieux comprendre, exemples à l'appui, la méthode historique.

1. N.-M. Dawson et E. Tremblay, «Quand l'histoire manipule la justice», *Le Devoir [de Montréal]* (29 mai 1999) A-11 et «Nous plaïdons coupables», *Le Devoir [de Montréal]* (18 juin 1999) A-9; D. Fyson et J.-M. Fecteau, «De la manipulation à l'abdication historique», *Le Devoir [de Montréal]* (10 juin 1999) A-7; B. Roy, «Quelle histoire savante manipule la justice?», *Le Devoir [de Montréal]* (10 juin 1999) A-7 et D. Vaugeois, «Simple laissez-passer?», *Le Devoir [de Montréal]* (7 juillet 1999) A-7.

2. Par ce néologisme, nous entendons tant les anachronismes que les parachronismes.

Muni d'une telle assurance qui, théoriquement, garantit la qualité de ses recherches et de ses interprétations des témoignages du passé, l'historien n'est-il pas en mesure de fournir les éléments nécessaires aux juges? Comme nous le verrons en troisième partie, la relecture du sauf-conduit signé par le gouverneur britannique James Murray, reconnu comme un traité par la Cour Suprême, fournit un bel exemple de cette collaboration possible, voire souhaitable, entre Thémis et Cléo. Mais intervient ici la question de la confrontation entre le temps de l'historien et le temps du juge. Dans quelle mesure la justice peut-elle s'appuyer sur les conclusions circonstanciées et non définitives de l'historien lorsqu'il s'agit de trancher par une décision finale? Il faut dès lors se demander dans quelle mesure le système juridique serait prêt à s'adapter à une vérité historique en continuelle construction. Saurait-il assouplir certaines de ses règles afin de permettre à l'historien une participation plus judicieuse à l'élaboration de jugements mieux fondés? Ces interrogations nous mèneront, enfin, à une réflexion plus fondamentale à savoir si les limites de la démarche historique ne devraient pas marquer également les bornes de la démarche juridique.

I. Le positionnement épistémologique

Il en est des traces du passé comme des sons que perçoit notre oreille. Notre capacité à les décoder correctement dépend largement de nos attentes *a priori* d'un sens, des convictions qui structurent notre pensée, de notre familiarité avec l'espace-temps sous observation, de la qualité de l'œil de l'historien, ou de notre subjectivité qui déforment ce regard soi-disant scientifique. N'est-ce pas là une des premières critiques que l'on puisse faire à l'histoire : elle n'est pas une science. Certes, la connaissance du passé procède selon un mode qui dépasse le simple récolement de dates et d'événements d'une antériorité contemporaine ou distemporelle. Elle s'élabore, en fait, à même la structuration d'explications des événements obéissant à une logique qui lui est propre. Aussi, il ne faut pas penser l'histoire comme une explication scientifique opérant sur le mode d'une relation de cause à effet (les boules de billard de Hume), il faut plutôt concevoir l'explication historique comme la reconstitution d'un processus.

Il n'est pas essentiel en histoire de correspondre parfaitement au modèle physico-mathématique qui s'établit sur la généralité et la reproductibilité, lesquelles conditionnent le caractère prédictif des connaissances; l'histoire ne peut procéder à la démonstration répétitive de ses conclusions puisque chacun des faits du passé est contingent. Cela n'implique pas pour autant que l'histoire exclut tout raisonnement et qu'elle n'utilise aucun concept ni aucune relation causale. Bien qu'elle ne

cherche pas à décrire les lois contenues dans les événements, elle procède néanmoins de façon logique à la description, à travers le temps, de la singularité de processus irréversibles. Sans prétendre être une science, l'histoire pourrait se décrire comme un savoir méthodique qui inscrit les faits dans un récit, à la fois linéaire et ample, dans lequel elle tente de trouver sa garantie d'une certaine objectivité.

Pourtant, cette objectivité visée est-elle réaliste, vu le caractère d'observateur participant qui colle inmanquablement à l'historien, puisque celui-ci ne peut faire complètement abstraction de ses sensibilités et de ses a priori? Cette seconde critique porte d'autant plus, lorsque les historiens proclament non seulement procéder par histoire-problème qui pose au passé des questions émergées du présent, mais encore lorsqu'ils soutiennent qu'ils ne peuvent poser au passé que les questions du présent³. En ce sens, une certaine école historique réussissait au milieu du XX^e siècle à inverser le vecteur temporel : l'histoire ne devait plus être faite du passé vers le présent, mieux valait, affirmait-on alors, partir du présent et remonter vers le passé. Ainsi, l'historien se donnait l'illusion de ne plus agir comme prophète de l'avenir, ce qui lui était facile puisqu'il connaissait la suite des événements étudiés, mais plutôt de se faire analyste comme les autres scientifiques, et de ne tenter de répondre qu'aux questions posées par la société et l'époque qui étaient siennes. Cette perspective semblait bien louable et avait le mérite de fournir au quotidien des explications historiques sans conséquences véritables sur le futur. Par exemple, il pouvait en effet être d'un intérêt certain de reconstituer l'histoire de telle ou telle habitude alimentaire et de comprendre l'évolution de la table à travers les âges; ceci ne conditionnait toutefois aucunement la suite de l'expérience humaine. Un tel processus interrogatoire ne s'avère toutefois pas opérant pour toutes les questions ou, pour mieux dire, il peut même s'avérer fort tendancieux pour d'autres. Par exemple, peut-on formuler sans quelque préjugé une question telle : la France de Louis XIV reconnaissait-elle la notion de propriété indienne au XVII^e siècle?

En effet, si en mangeant une tomate on s'interroge sur l'origine de cet aliment, sur l'époque de son introduction dans les habitudes alimentaires, sur l'évolution de sa culture et de sa commercialisation pour comprendre par quel biais elle étale aujourd'hui ses tranches dans notre assiette, on risque peu de commettre quelque détournement de sens dans la formulation de cette interrogation. On aura compris que ce risque est

3. J. Leduc, *Les historiens et le temps : conceptions, problématiques, écritures*, Paris, Seuil, 1999 à la p. 314. Reconnaisant qu'il s'agit là d'un anachronisme, Leduc exhorte ses collègues historiens à l'assumer honnêtement.

beaucoup plus élevé dans le cas de notre seconde question sur la propriété indienne. L'historien qui partirait d'une telle formulation se verrait dès lors contraint à jongler avec un concept qui ne trouve pas de signification dans l'époque de référence. Louis XIV, Sa Majesté très Chrétienne, roi de France dite fille aînée de l'Église, monarque européen, maître du monde, roi absolutiste qui régnait sur des sujets français à qui on déniait tout droit de propriété, pouvait-il concevoir une quelconque notion de propriétés foncières chez des peuples sauvages? Même en France, la terre n'appartenait pas à celui qui la travaillait, mais bien au seigneur qui devait rendre foi et hommage à son roi, reconnaissant ainsi le droit du monarque sur lui et sur ses biens, pouvait-on alors concevoir que des Indiens qui couraient les bois en quête de quelques castors et de quelques originaux pour leur survie aient eu plus de droit sur ces forêts que le paysan qui suait sur ses sillons à labourer?

Entravé par de tels boulets conceptuels anachroniques, conçus *a posteriori*, c'est-à-dire dans la postériorité de l'événement, l'acte historique n'est-il pas condamné à exporter dans le passé un bagage de préjugés et d'entendements *a priori*? Grands ne sont-ils pas alors les risques de faire une tordue histoire identitaire qui mettrait en scène des acteurs qui n'auraient plus rien à voir avec leurs personnages historiques, mais plutôt des reconstitutions mythiques qui incarneraient simplement les aspirations et les convictions de leur auteur. Comme l'écrit Eric Hobsbawm : «La projection dans le passé de désirs du temps présent ou, en termes techniques, l'anachronisme, est la technique la plus courante et la plus commode pour créer une histoire propre à satisfaire les besoins collectifs»⁴ d'une communauté donnée, réelle ou imaginaire. Soutenir que le questionnement historique ne peut se formuler qu'à partir de concepts du présent, n'est-ce pas davantage justifier la volonté d'une époque de se définir et de tenter de légitimer de façon rationnelle ses origines, plutôt que de chercher à comprendre simplement le passé pour ce qu'il était, sans visée prospective vers l'avenir?

Afin de rapprocher l'histoire de la science et l'éloigner de la subjectivité, oserions-nous proposer de la définir sous les traits d'une formule mathématique⁵.

4. E. J. Hobsbawm, «L'historien entre la quête d'universalité et la quête d'identité», *Diogenes* n° 168 (1994) 61.

5. Nous nous inspirons ici des travaux de H.-I. Marrou, *De la connaissance historique*, Paris, Seuil, collection «Points histoire», 1989 à la p. 236.

$$VH = \frac{EP^{+n}}{PR^{-n}}$$

Comme l'exprimait Marrou, qui fut le premier à tenter une telle mathématisation du processus de la connaissance du passé, la véracité historique (VH) est le résultat d'un rapport inversement proportionnel entre deux plans de la réalité humaine : le passé et le présent. Le passé ne peut pas s'exprimer par une variable simple : pour parvenir à une contextualisation efficace, l'historien doit posséder une connaissance étendue de l'objet d'étude et de la période dans laquelle il l'inscrit. La juxtaposition des événements, des personnages et des concepts se veut beaucoup plus qu'une simple addition des uns aux autres. Leur mise en rapport permet en réalité une meilleure globalisation du contexte. C'est ce que représente le facteur n positif accolé à la variable des éléments du passé (EP). L'influence du présent dans la connaissance historique joue un rôle diamétralement opposé. Plus l'historien réussit à faire abstraction des concepts de son époque, plus il se départit de ses propres valeurs et partis pris, plus il s'approchera de la réalité historique. La multiplication de ces mises en garde s'exprime ici par un facteur n négatif accroché au présent (PR). Notre formule pourrait donc se lire ainsi : la véracité historique sera d'autant plus grande que l'historien saura, d'une part, prendre en compte le plus d'éléments possible du passé afin de reconstituer «l'épaisseur historique», c'est-à-dire une connaissance ample, élargie, de chacun des instants de la période à l'étude, et, d'autre part, qu'il saura limiter l'influence qu'une intrusion des concepts marquant son présent pourrait avoir sur son objet d'étude.

Une troisième critique occasionnellement adressée à l'endroit des experts historiens tend à réduire ces derniers à un rôle d'historien de la cour, à l'image de ses historiens au service des monarques sous la France d'Ancien Régime⁶. Travaillant dans un contexte reposant sur l'approche client, l'historien expert n'aurait pas, dit-on, la marge de manœuvre de l'historien académicien qui, lui, peut davantage spéculer sur les résultats, relever les ambiguïtés posées par la recherche, suggérer différentes interprétations parfois même contradictoires, ou admettre les failles dans la documentation ou la reconstitution des faits historiques.

Cette étiquette d'historien de service menace particulièrement les historiens improvisés versés dans l'approche juridique et les juges qui

6. P. Soifer, «The Litigation Historian : Objectivity, Responsibility, and Sources», *Public Historian*, vol. 5, n° 2 (1983) aux pp. 47-62.

s'appuient sur leurs connaissances historiques personnelles lorsqu'ils sont sur le banc. Peut-on croire que ce péril guette également l'historien de formation?

II. La méthode historique

Même en acceptant de mener des recherches à partir d'hypothèses formulées par les avocats de l'une ou l'autre partie, l'historien consciencieux ne saurait se départir de l'art de sa discipline qui le contraint à la confrontation des données et à la critique des sources qui fondent son argumentation. En ce sens, sa maîtrise de la méthode historique devrait le préserver contre l'accusation de n'être qu'un historien de cour.

Pour entendre les témoignages du passé, peut-être suffit-il d'être à l'écoute. Pour saisir les traces et les indices laissés par ces témoins morts, il ne faut pas que les lire et les collationner; il faut aussi savoir les restituer dans la globalité de leur champ référentiel. Pour véritablement les comprendre, l'historien doit se soumettre au périlleux exercice de s'inscrire dans le complexe champ temporel de son objet d'étude. Sa machine à remonter le temps, l'historien la construit précisément par une connaissance élargie de la période étudiée et par un esprit critique. Pilotée habilement, cette machine lui permet de transporter le présent de son énonciation historique dans la période des événements à l'étude. Sans cet effort de translation, l'acte historique est voué à l'échec et à sombrer dans la pure fiction. Sans une transtemporalisation réussie, des boulets conceptuels anachroniques freineront toute tentative de maximisation de la lecture historique en vue d'approcher la véracité historique.

A. Transtemporalisation

Pour exposer de façon concrète cet effort de transtemporalisation, observons l'historien à l'œuvre devant un témoignage du passé. Posons que la problématique de base serait d'évaluer la qualité de la méthode d'un cartographe du XVIII^e siècle dont les cartes seraient éventuellement produites en cour. L'historien pourrait choisir de faire état des contacts que le cartographe entretenait à la cour, ce qui lui permettrait d'être alimenté en informations récentes et de première importance. Dans son dépouillement des archives, il découvre ce court billet adressé à l'auteur des cartes concernées : «Je vous prie, Monsieur, si vous vous trouvez chés vous lorsqu'on vous portera cette lettre de vous donner la peine de venir au

Palais Royal avec une carte des Eveschés, et une des postes de France. Je suis, Monsieur, tres parfaitement à vous, Dubois. Ce 11e mars 1720»⁷.

Perdue dans une masse de quelque 1000 ou 2000 documents, cette brève lettre qui ne semble, à première vue, ne rien contenir de signifiant ou de pertinent, risquerait fort d'être rejetée si le chercheur ne s'interrogeait pas d'abord sur l'identité du signataire. Or, ce dénommé Dubois était en fait l'aspirant premier ministre du roi Louis XV et pour lors un des personnages les plus influents à la direction du royaume.

Outre l'identité du signataire, le ton de cette missive éveille la curiosité de l'historien qui connaît quelque peu les codes régissant l'art épistolaire de l'époque. Ici, avant même de s'attaquer au sens du contenu, c'est à la forme du témoignage que s'attachera l'historien. Tout en contraste avec les formulations ampoulées habituelles, ce billet est impératif. Quel dossier était alors si urgent pour que le signataire Dubois prît ce ton avec le cartographe?

L'inscription du document dans la chaîne événementielle est ici indispensable pour saisir la portée de cette pièce de correspondance. En mars 1720, l'administration royale était aux prises avec une grave crise religieuse. Deux factions d'évêques s'affrontaient sur une question d'interprétation doctrinale. Le pape, chef de l'Église, accueillait mal cette opposition qui remettait en question la validité de son jugement. Depuis cinq ans, le gouvernement de Louis XV tentait en vain de mettre fin à cette querelle en cherchant, de différentes façons, un accommodement entre les partis. Dans les coulisses du pouvoir, le dénommé Dubois, de modeste extraction, cherchait à occuper pleinement le fauteuil de premier ministre. Un obstacle de taille se dressait devant lui : ses chances de parvenir à un tel titre reposait obligatoirement sur sa nomination au cardinalat. Il lui fallait donc convaincre le pape. Un moyen sûr pour y parvenir était de mettre fin à la division dans l'épiscopat. Dubois manœuvra dans ce sens. Le 10 mars 1720, il parvenait à mettre d'accord sur un même texte la trentaine d'évêques présents à Paris. Il lui restait encore à emporter l'assentiment des prélats absents.

Ce n'est finalement qu'à ce moment de l'étude de la pièce d'archives qu'intervient l'analyse de son contenu. Pour assurer le succès de son projet, Dubois décida d'accélérer le processus en envoyant dans les provinces ses émissaires, qui recueilleraient rapidement l'appui des absents et seraient en mesure de vaincre les objections des réticents. Dès le lendemain de la ratification du projet à Paris, il convoquait le cartographe avec ses cartes

7. ANF, Marine, 2JJ/60, n° XVI, 122.

des évêchés et des postes de France. Il s'agissait alors d'évaluer, cartes en main, le nombre de messagers dont il aurait besoin pour couvrir l'ensemble des villes épiscopales, et planifier les meilleurs trajets pour les uns et les autres, afin d'effectuer la tournée dans les plus courts délais.

La reconstitution des événements et l'analyse de cette lettre du 11 mars 1720 révèlent l'importance du moment pour l'Église de France, pour l'État, et pour Dubois. Ce fut dans des circonstances aussi cruciales, que les talents du cartographe furent mis à contribution. L'intimité du rapport entre l'aspirant premier ministre et le cartographe, que l'on peut dégager à la lecture de ce simple billet, éclaire sur le réseau auquel ce dernier participait dans les milieux de la cour. Il y a donc tout lieu de croire que ce cartographe disposait de toute l'information voulue lors de la fabrication de ses cartes et que ses données géographiques étaient fort exactes.

Cet exemple illustre, on ne peut mieux, le premier segment de la formule mathématique construite pour mesurer la véracité historique (VR). Ce court billet, qui aurait facilement pu être rejeté, jette en réalité une lumière inattendue sur le réseau et l'expertise du cartographe. Aussi, plus l'historien réussit à prendre en compte l'épaisseur historique, plus grandes sont les probabilités que son interprétation approchera l'humble réalité du passé.

B. Lecture critique des textes

Hormis une connaissance étendue de la période à l'étude qui guide la lecture du contenant et du contenu d'un témoignage laissé par un témoin mort, l'historien trouve encore dans sa trousse méthodologique plusieurs procédés lui permettant de minimiser les dangers que peuvent constituer une lecture trop partielle du passé, la subjectivité et le méchronisme. En premier lieu, une lecture critique des témoignages lui permet de dépister les contractions littéraires porteuses de faux-sens qui se terrent dans les textes. Un extrait des *Relations des jésuites*, source sur laquelle reposent nombre d'études sur la réalité indienne sous le Régime français, nous servira cette fois d'exemple :

Le Pere Martin Lyonne, decedé depuis peu, & le Pere André Richard, tous deux de nostre Compagnie, ont cultivé quelques années, les costes qui sont baignées des eaux de ce Golphe, comme aussi les contrées circonvoisines. Voicy comme le Pere Richard nous parle, de l'entreprise de quelques Sauvages, que nous appellons de Gaspé, pour ce qu'ils se viennent camper asses souvent proche de la Baye, ou du Port, qui porte ce nom. Ces Barbares s'estans assemblez pendant l'hyver de l'année passée

1661 quelques-uns parlerent, dans leurs Conseils, d'aller à la guerre contre les Esquimaux. Ce sont des peuples ennemis des Europeans, qui habitent sur les rives du Golphe, du costé du Nord, assez proche de la grande Isle de Terre-neusve, qui est située à l'emboucheure du grand fleuve, & du grand Golphe de Saint Laurens. En montant plus haut, sur les mesmes rives, on trouve les Papinachiouekhi, les Bersiamites, en suite, & puis on rencontre Tadoussac. Ces deux dernieres Nations, & quelques autres qui leur sont alliées, sont bonnes & simples, gens de paix qui reçoivent nos Peres de Kebec avec grand amour, quand ils vont en Mission vers leurs quartiers. Mais venons à nos Sauvages de Gaspé. § Quelques uns ayans donc mis en avant, dans leurs Conseils, & dans leurs festins, des propositions de guerre [...]»⁸.

Plusieurs historiens ont cité ce passage des *Relations* pour prouver la présence des Inuit sur la Basse-Côte-Nord au milieu du XVII^e siècle. Ils fondaient même leur affirmation sur l'argument que le missionnaire de Gaspé devait bien connaître les ennemis contre lesquels guerroyaient ses ouailles, et ils démontraient que ces individus appelés esquimaux ne pouvaient être confondus à leurs voisins habitant en amont, puisque le missionnaire, en juxtaposant les ethnonymes, précisait bien qu'il s'agissait d'autant de groupes particuliers. Une analyse critique de la source détruit pourtant ces généreuses affirmations.

En introduisant le récit par la formule «voici comme le père Richard nous parle», le rédacteur de cette relation nous laisse faussement croire que le texte qui suit était une copie fidèle d'une lettre écrite par son confrère de Gaspé. Sans informer ses lecteurs, le rédacteur se permettait pourtant l'insertion d'une explication de son propre cru au sujet des peuples longeant la côte. Peut-on en effet réellement croire que cette énumération était dans la lettre du père Richard? Ce missionnaire qui œuvrait en Acadie se serait-il permis de tels détails dans une lettre adressée au responsable des missions à Québec? De même, comment expliquer, dans une lettre d'un missionnaire d'Acadie à un confrère de Québec, cette autre phrase sur les Indiens de Tadoussac recevant avec grand amour les missionnaires de Québec? Pour retrouver le texte de la narration initiale, le rédacteur eut recours à une expression des plus typiques : «Mais venons à nos Sauvages de Gaspé». Par ailleurs, quelques phrases plus loin, il enchaînait : «Cela me toucha fort, dit le Pere Richard», pour bien marquer le retour à sa source. Après une telle analyse interne critique du texte, on ne peut plus le recevoir comme parole d'Évangile sous prétexte qu'il provient d'une observation *in*

8. R. G. Thwaites, *The Jesuit Relations and Allied Documents*, New York, Pageant Book Company, vol. 47 aux pp. 220-222.

situ. Ce témoignage est plutôt l'exposition d'une idée préconçue nourrie par le rédacteur, supérieur de missions en poste à Québec, sur laquelle on ne saurait fonder une démonstration sérieuse.

C. Contexte de production

L'historien doit également s'efforcer de bien connaître le contexte de production des documents sur lesquels il entend appuyer son argumentation. L'étude du contexte de production diffère du simple positionnement dans la chaîne événementielle. Alors que cette dernière ne sert qu'à situer le document sur le bon point de la ligne du temps afin de permettre la lecture du contenu, l'étude du contexte permet d'inscrire le témoignage dans sa problématique de production, afin de saisir également ce qu'il ne dit pas textuellement.

Prenons un extrait d'une lettre du gouverneur de Québec, Charles de Beauharnois, écrite au sujet des indiens Népissingues qui demandaient à s'établir à la mission mise sur pied par les sulpiciens au lac des Deux-Montagnes : «les Algonquins et Nepissingues sauvages errans dans les terres [...] étoient venus en 1740 a Montreal représenter que de 8 a 9000 qu'ils estoient autrefois, il n'en restoit pas plus de 900 et que les autres estoient morts pour le service du Roy»⁹. Pris au pied de la lettre, les propos du gouverneur laisseraient entendre que les Népissingues s'étaient lourdement sacrifiés pour le royaume de France, propos qui pourraient s'interpréter comme une preuve de l'intensité de l'alliance qui unissait ce peuple aux Français. Pourtant, l'intention réelle du gouverneur était moins de témoigner de la fidélité des Népissingues que de favoriser les sulpiciens, qui souhaitaient alors obtenir quelque contribution royale.

Dans un contexte de guerre appréhendée, Beauharnois tentait en effet de maximiser la fidélité des Indiens et de s'assurer leur participation active lors de prochains affrontements. Parmi les moyens envisagés, il comptait sur une vente contrôlée de l'alcool. Or, quelques années plus tôt, l'évêque de Québec avait édicté un mandement interdisant formellement ce commerce. Heureusement pour le gouverneur, l'évêque était retourné en France, laissant la direction du diocèse à ses grands vicaires. Dans le district de Montréal, d'où partaient les canots pour les Pays d'En Haut, c'était à un sulpicien que revenait cet honneur. Aussi, Beauharnois comptait-il acheter la complicité de cette communauté en favorisant auprès du roi leur projet de mission au lac des Deux-Montagnes. Pour forcer

9. ANF, C11A, vol. 75, f° 386.

l'adhésion du ministre, il n'hésita pas à exagérer quelque peu la réalité, comme le démontre une analyse plus globale de la lettre. Afin de jouer sur les sensibilités royales et ministérielles, il insista sur le sacrifice des Népissingues, morts glorieusement pour le service du roi. Ceci ne commandait-il pas un geste de générosité, qui servirait tout autant les sulpiciens et, par ricochet, les familles népissingues, que ses propres projets. Le contexte de production donne donc aux propos de Beauharnois une portée différente de ce qu'une première lecture laissait imaginer. Par ailleurs, d'autres sources viennent confirmer ce bémol que nous mettons devant l'interprétation de cet extrait; il est en effet reconnu que les Sauvages des terres n'étaient pas les plus enthousiastes guerriers.

Ce qui introduit un autre procédé de l'art de l'historien : la confrontation des informations. Prenons l'exemple d'une lettre écrite au roi, signée conjointement par le gouverneur et l'intendant de la Nouvelle-France, à l'automne 1735. On y lit : «il est arrivé l'esté dernier un meurtre a Montreal commis par un sauvage nepissingue dans l'ivresse sur un soldat de la garnison [...] ce sauvage [...] a été passé par les armes»¹⁰. Dans un contexte de recherche sur la tribu des Népissingues, l'historien retiendrait certainement ce témoignage et l'évoquerait comme une preuve attestant qu'un membre de cette nation fut incontestablement jugé selon les lois françaises. Ce serait là une erreur. Les pièces du procès infirment les propos des autorités. Le condamné était en réalité un indien de la tribu des Têtes-de-Boule.

D'aucuns auront peut-être déjà réagi au fait que, depuis le début de ce texte, nous ayons constamment fait usage des termes Indien et tribu, plutôt que nation et Amérindien. Il s'agit là, selon nous, d'un procédé qui contribue à l'objectivité de la démarche historique. Contrairement aux expressions nation et Amérindien, Indien et tribu ne sont pas connotés des valeurs qui marquent le présent de l'historien. Au seul prononcé du mot Amérindien, on croit déjà entendre la circonvolution : «ces pauvres autochtones qui ont été illégalement dépouillés de leurs terres et de leurs droits par les voraces envahisseurs européens avides des richesses du Nouveau Monde». Quant à nation, dans le contexte politique et juridique actuel, son seul usage semble déjà conférer des droits à tout groupe qui s'en attribue l'appellation. Pour qui veut se garder de ces subtiles connotations qui, à la longue, érodent l'esprit critique et l'objectivité, mieux vaut recourir à des expressions qui traduisent avec plus d'exactitude la perception partagée par les acteurs de la période à l'étude. Tomberait-il sous le sens de parler de Louis XIV comme du président de la France du

10. ANF, C11A, vol. 63, f° 102 v°.

XVII^e siècle, sous prétexte que, pour être compris des lecteurs du XXI^e siècle, il vaille mieux employer des expressions qui trouvent référence dans la culture d'aujourd'hui? Tous les historiens crieraient à l'anachronisme. Pourtant, combien sont-ils à vendre leur âme historienne en faisant régulièrement usage des termes modernes d'Inuit et d'Ilnu pour désigner les Esquimaux et les Sauvages du temps de Champlain et de Jean Talon? En respectant davantage les acteurs et les concepts de la période étudiée, l'historien se prémunit contre les méfaits d'une observation trop participante, évite les contresens qu'entraîne tout méchronisme et augmente la qualité de sa transtemporalisation.

Comme sur tout produit susceptible de causer quelque lésion corporelle, faudra-t-il écrire sur les archives : «Attention. Manipulez avec soin», puisque, lorsque traités sans les précautions de la méthode historique, les témoignages du passé peuvent en effet causer de sérieux préjudices. Le jugement de la Cour Suprême dans l'affaire *Sioui*¹¹ offre un exemple de choix pour illustrer ce genre de déplorables accidents historico-juridiques.

III. Le traité Murray ou le jugement de la Cour jugé par l'histoire

Le désormais trop célèbre document dicté par James Murray, le 5 septembre 1760, prenait en effet du galon de façon inespérée, en 1990, lorsque la Cour Suprême du Canada lui accorda «valeur de traité» au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹². En errant dans les sentiers de l'histoire pour établir leur point de droit, les Éminences de la Cour imprimaient un virage forcé à l'historiographie. Une lecture historienne et non juridique de ce témoignage transmis involontairement par Murray à la postérité permet de mieux saisir les dangers inhérents à la manipulation de ces traces laissées par les témoins morts lorsqu'elles sont confiées à des mains non expérimentées.

Posons d'entrée de jeu un premier principe : s'interroger à savoir si le document rédigé sous le commandement de Murray en 1760 «constitue un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*» est d'emblée inscrire ce témoignage du passé dans une problématique qui n'est pas sienne et le soumettre à un pernicieux traitement méchronique. À le

11. R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025. Le procureur général du Québec, Appellant, c. Régent Sioui, Conrad Sioui, Georges Sioui et Hugues Sioui, Intimés et Le procureur général du Canada et la Fraternité des Indiens du Canada / l'Assemblée des Premières Nations, Intervenants.

12. L.R.C. (1985), c. I-5.

regarder sous une loupe aussi déformante, il n'est pas étonnant qu'une vision réaliste d'un passé lointain puisse échapper aux juristes. Affirmer, comme le font les juges, que «toutes les parties impliquées étaient compétentes pour conclure un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*»¹³, c'est opérer un dangereux télescopage du temps : comme si Murray, le militaire, et les guerriers hurons pouvaient avoir eu l'intention de conclure une entente qui aurait rencontré le cadre juridique de la fin du XX^e siècle.

13. L'original a été heureusement reproduit en photographie dans André Münch, *L'expertise en écritures et en signatures*, Sillery (Qc), Septentrion, 2000 à la p. 141. La transcription qui apparaît en p. 139 du même ouvrage n'est pas conforme à l'original; on y lit entre autres la transformation de *to me* en *home*. De même, ne sont pas exactement conformes à l'original, ni la transcription ni la traduction produite dans D. Vaugeois, *La fin des alliances franco-indiennes : enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, 2^e éd., Montréal, Boréal/Septentrion, 1995 à la p. 209. Nous nous inspirons ici de la traduction de G. Plante, «Aux mêmes conditions que les Canadiens, notes de recherche», 1999 [non publié, archivé au Groupe de recherche interdisciplinaire en épistémologie des sciences humaines, Université Laval] à la p. 80; qu'il reçoive ici notre marque de reconnaissance pour son travail d'analyse logique sur le débat autour du document de Murray. Voir également *Supra* note 11 à la p. 1043.

Posons plutôt une question plus fondamentale sous un angle plus neutre et qui opère sur les bases de la méthode historique : Qui a dit quoi à qui, le 5 septembre 1760?

<p>Les présentes certifient que le chef de la tribu indienne des Hurons, étant venu à moi au nom de sa nation, pour se soumettre à sa Majesté britannique, et faire la paix, a été reçu sous ma protection avec toute sa tribu, et dorénavant aucun officier ou détachement anglais ne devra les molester, ou les interrompre durant leur retour à leur campement de Lorette, et ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, étant permis le libre exercice de leur religion, leur coutume, et la liberté de commerce avec les garnisons anglaises recommandant ceci aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment, Donné sous ma signature à Longueüil ce 5e jour de septembre 1760. [Signé] James Murray.</p> <p>[Endossé : Copie d'un certificat délivré par le général Murray aux Indiens de la tribu des Hurons.]</p>	<p>These are to Certifie that The Chief of the Huron Tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His Britanick Majesty, & make peace, has been received Under my protection with his whole tribe, and henceforth no English Officer or party is to Molest, or interrupt them in returning to their settlement at Lorette, and They are received upon the same terms with the Canadians, being allow'd the free Exercise of their Religion, their Custom, & liberty of trading with the English Garrisons recommending it to O the Officers commanding the posts to treat them kindly, Given under my hand at Longueüil, this 5th day of September 1760. [Signed] Ja:[mes] Murray.</p> <p>[Endorsed : Copy of a certificate granted by Gen[era]l Murray to the Hurons Indians.]</p>
--	--

Qui a dit? Murray. Le brigadier général James Murray, qui avait alors comme seul titre celui de gouverneur de la garnison de Québec, et dont les attributions étaient d'ordre militaire. Avait-il le pouvoir de signer un traité de paix ou de toute autre nature avec une tribu indienne? Nenni. Ni lui, ni même Jeffery Amherst, le commandant en chef des forces armées de Sa Majesté Britannique en Amérique. Seul le surintendant William Johnson, qui avait la gestion et la direction exclusives des affaires des Six Nations indiennes et de leurs alliés, avait reçu de Londres le plein pouvoir de traiter avec ces peuples. Contrairement à ce qu'a conclu la Cour Suprême, un des acteurs de cet acte historique, et l'un des principaux, faut-il bien le reconnaître, n'avait pas le pouvoir de négocier un traité reconnaissant quelques droits fondamentaux aux Hurons. En contexte

d'invasion militaire, il avait pour seule prérogative de prendre des mesures pouvant mener avec plus d'assurance à la conquête d'un territoire ennemi.

À qui? À la tribu des Hurons, dont le chef était venu rencontrer l'officier militaire «pour se soumettre à Sa Majesté Britannique». Le chef huron était-il également venu traiter de paix avec Sa Majesté Britannique ou avec son représentant? Le texte ne le laisse pas entendre. On remarquera que les mots employés par Murray n'évoquaient aucunement la présence de négociateurs, mais plutôt de Hurons venant simplement déposer les armes. En portant attention à la syntaxe on note que le «et faire la paix» n'est pas en rapport avec Sa Majesté Britannique. La perluette (&) précédée de la virgule détache de façon claire les deux segments. La paix que les Hurons étaient venus négocier n'en était visiblement pas une avec Murray. Cette lecture du document d'après sa syntaxe est par ailleurs confirmée grâce à une entrée du même jour au journal du brigadier général, où on lit que des Hurons et des Iroquois se présentèrent à son campement et «firent leur paix»¹⁴. Les termes couchés au journal dénotent non seulement que la démarche n'avait rien d'une négociation, mais, encore, que la paix faite n'en était pas une entre les Britanniques et les Hurons, mais bien entre les Hurons et les Iroquois. Le journal de campagne du capitaine John Knox étaye cette interprétation : «Huit Sachems, de différentes nations, qui étaient ces derniers jours alliées à l'ennemi, se sont rendus en leur nom et en celui de leurs tribus au général Murray»¹⁵; en employant «surrendered» Knox décrivait une scène de reddition et non une séance de négociation. Cette capitulation étant conclue, les sachems conférèrent avec Murray de certaines modalités et, au terme de cette conférence, gagnèrent la rive opposée, brandirent leurs tomahawks et firent savoir aux Français qu'ils avaient changé de camp.

14. «[I] met the Inhabitants who were coming to deliver their arms, and take the oaths, there two nations of Indians, of Hurons and Iroquois, came in & made their Pace, at the same time Three of Sir William Johnsons Indians came in with a letter from General Amherst, which I immediately answered [...]», «Murray's Journal» dans A. G. Doughty, dir., *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America by Captain John Knox*, Toronto, Champlain Society, 1916, vol. 3 à la p. 331.

15. «Eight Sachems, of different nations, lately in alliance with the enemy, have surrendered, for themselves and their tribes, to General Murray : these fellows, after conferring with his Excellency, and that all matters had been adjusted to their satisfaction, stepped out to the beach opposite to Montreal, flourished their knives and hatchets, and set up the war-shout : intimating to the French, that they are now become our allies and their enemies», A. G. Doughty, dir., *An Historical Journal of the Campaigns in North America by Captain John Knox*, Toronto, The Champlain Society, 1914, vol. 2 à la p. 516. On reconnaîtra que *confer*, du latin *conferre* et porteur du sens *rassembler* ou *consulter pour connaître les opinions*, n'avait pas la même force que *negotiate*, du latin *negotiari* et porteur du sens *faire un échange en vue d'un règlement*. On notera que le *Oxford* précise même que le sens *to set right by negotiation* est d'un emploi plutôt rare.

Sur la fin de sa vie, un Huron contemporain des événements rapportait ainsi cet épisode crucial : « aussitôt que nos chefs eurent vent que la guerre tirait à sa fin, ils sautèrent sur leurs chevaux et coururent au quartier du général anglais [...] les officiers les saisirent par le bras et les conduisirent au général. À leur vue, il leur cria : '[...] retourner à vos villages, vous n'êtes pas en danger', puis, il se tourna vers quelqu'un près de lui et donna un ordre [...] le lendemain matin nous reçûmes de lui un papier, que nous avons compris comme signifiant que la paix était faite »¹⁶. S'il s'agissait là d'un « traité », jamais dans l'histoire, négociations n'auraient été aussi faciles et menées avec moins de mots. Étrangement, ceux qui se disent les représentants des Premières Nations ne semblent pas se souvenir de ce savoir huron ancestral; eux qui, pourtant, sont d'une longue lignée de tradition orale et qui en clament la valeur à qui veut les entendre. On ne saurait pour autant leur en tenir rigueur, car il relève de l'évidence que la mémoire recompose et reconstruit sans cesse, et qu'elle choisit habituellement d'oublier ce qui lui fait mal; tous les éclopés de l'amour pourront ici témoigner.

Cette version de tradition orale ne décrit cependant pas tout le processus. Le journal de Knox précise encore que les sachems craignaient bien davantage leurs alliés iroquois que les Britanniques eux-mêmes. Aussi, les garanties demandées portaient sur la façon dont les militaires de Sa Majesté allaient assurer leur protection contre leurs ennemis indiens alors qu'ils acceptaient d'enterrer la hache de guerre. Ce n'est en effet qu'en relatant l'intervention impromptue des Iroquois dans la conférence que les Hurons avaient avec Murray, que Knox employa le terme négociateur et l'occasion fut saisie par le général de leur démontrer la portée de sa protection en empêchant sur le champ les Iroquois de les massacrer. La narration de la scène de provocation entre les deux clans indiens couchée au journal de Knox éclaire ainsi tout le sens de l'entrée au journal de Murray : à bon escient, il pouvait écrire « they make their pace ». Comment

16. « Before many days had passed, we heard that the War was at an end. Our Chiefs immediately on hearing the news mounted their horses and went to Laprairie where the English General was. Upon their arrival at the quarters of the General, their horses were taken care of by the soldiers; the Officers took our Chiefs by the arm and led them to their General. As soon as he saw them, he cried out 'These are the Hurons! Why did you leave your Village? You have nothing to fear from us, go back to your Village, you are safe', and he turned round to some one near him and gave an order. We received the next morning a paper from him, which we understood to mean that Peace was made ». Témoignage de Petit Étienne, chef du Conseil du village huron, publié dans *The Star and Commercial Advertiser*, n° 13 (27 février 1828).

un tel accord entre des tribus indiennes pourrait-il alors être interprété comme un «traité» liant le souverain anglais¹⁷?

Murray a dit quoi à ces Hurons? Le certificat qu'il leur remit au lendemain matin de cette brève rencontre n'est pas si compliqué à comprendre, pour qui se donne la peine de le lire en ne cherchant pas à y lever une portée juridique qu'il n'a pas. Puisque les Hurons acceptaient de mettre bas les armes, Murray les prenait sous sa protection et, conséquemment, recommandait aux officiers et aux détachements anglais de ne pas les molester ni de les gêner sur leur chemin de retour vers Lorette.

Sans outrepasser ses attributions de gouverneur de la garnison de Québec, il leur précisait, en second lieu, qu'ils étaient reçus sous sa protection aux mêmes conditions que les Canadiens. Quelles étaient ces conditions? Étaient permis : le libre exercice de leur religion, leur coutume et, également, la liberté de commercer avec les garnisons anglaises. Cet engagement n'avait rien d'extraordinaire et s'inspirait des termes négociés à Québec lors de la reddition de cette ville l'année précédente, et de la proclamation lue dans les bourgs où Murray s'arrêtait, en chemin vers Montréal, à l'été 1760.

À quelle religion Murray faisait-il référence? À la religion catholique romaine alors professée par tous les Hurons de Lorette. À quelle coutume Murray faisait-il référence? À une coutume porteuse de droit, en regard entre autres à la propriété et à ses modes de transmission; en l'occurrence la coutume de Paris qui était appliquée dans la colonie.

Prétexter que, par son certificat et par les mots religion et coutume, Murray reconnaissait aux Hurons le libre exercice de leurs «rites et coutumes», c'est-à-dire le droit d'aller exercer des rituels ancestraux où et quand bon leur semblerait, comme par exemple dans le futur parc de la Jacques-Cartier, c'est sombrer dans un anachronisme estomaquant. Religion, qui se définit dans un rapport sacré de l'âme avec Dieu, ne pouvait signifier, pour les Britanniques du XVIII^e siècle, les rites magiques et superstitieux des Indiens; tout juste reconnaissaient-ils le catholicisme romain comme une religion! Et encore, car ils avaient le papisme en sainte horreur. Par coutume, Murray n'entendait ni les mœurs tribales ni les usages ancestraux; il n'avait pas encore lu les savantes études de Lucien Lévy-Bruhl ou de Claude Lévi-Strauss sur les usages des sociétés primitives qui marqueraient les études ethnologiques et anthropologiques

17. À ceci on ajoutera encore que les contemporains eux-mêmes et rédacteurs du document le qualifièrent de *certificat* et non de *traité*, comme il apparaît au verso de la pièce.

du XX^e siècle. Murray ne rédigeait pas un rapport d'observations ethnologiques. Encore ici il faudra se méfier des traductions habituelles qui font des Indiens les bénéficiaires de l'action en les mettant sujet de «être autorisés à exercer»¹⁸, alors que le texte anglais de forme passive appelle plutôt à lire que c'était leur coutume (et non le libre exercice de leur coutume), la liberté de commerce (et non le libre exercice de la liberté de commerce, syntaxe qui défigure la phrase) et le libre exercice de la religion, qui sont sujets de «étant permis».

Voilà contre quels travers risquerait de chuter l'historien qui construirait son interprétation historique sur des «Amérindiens». Ceux-ci, faut-il le reconnaître, ont une religion et des coutumes ancestrales; cependant, les «Tribes of Indians» de Murray n'avaient que des rituels magiques de la pire superstition. Il ne serait jamais venu à l'idée du brigadier général de protéger de telles manifestations, si peu religieuses à ses yeux, par un traité engageant la Couronne britannique, si traité il avait pu signer. On notera encore que la recommandation de Murray de traiter gentiment les Hurons ne s'appliquait qu'à la clause commerciale, puisqu'elle était adressée aux officiers qui commandaient pour lors dans les postes de traite. La portée temporelle limitée de cette recommandation trouve deux indices dans le document. On aura remarqué que le rédacteur de la pièce employa deux signes pour signifier la conjonction de coordination, toutes deux traduites en français par «et» : le «and» et la perluète (&). Or, la perluète intervient dans les deux cas où l'interprétation du texte semble plus particulièrement poser problème : «& make peace», et «& liberty of trading». L'analyse syntaxique révèle une constance dans ce double emploi : alors que le «, and» lançait une nouvelle idée sous la forme d'une proposition subordonnée, le «, &» introduisait un supplément d'information rattaché à une idée principale tout en les démarquant l'un de l'autre. La permission concernant la liberté de commerce, à la fois liée à elles et détachée des deux autres permissions accordées et qui doit se lire d'un trait de la perluète à «kindly» s'approprie donc en entier la recommandation qui y est incluse. On observera enfin la rectification qu'apporta le secrétaire, au moment même de la rédaction, concernant l'identification desdits officiers : «recommending it to O the Officers». Murray n'entendait pas recommander cela «to Officers» britanniques en général (ce qui aurait pu laisser soupçonner une extension dans l'espace et dans le temps), mais bien simplement «to the Officers commanding the

18. Voir entre autres la traduction proposée par des archivistes : «[les Indiens] jouiront du libre exercice de leur religion [...]»; D. Vaugois, *supra* note 13 à la p. 209.

posts» où se pratiquait la traite, pour lors dans la zone soumise à son commandement¹⁹.

Remis dans son contexte de production, ce texte livre sa véritable portée. Bien qu'il ne s'agissait pas d'un traité, ce document n'eut pas moins une valeur légale momentanée. Il informait «ceux qui ces présentes verraient» de la soumission des Hurons entre les mains du plus haut dignitaire militaire dans cette zone d'opérations. Une telle portée circonstancielle dénie de soi tout caractère intemporel ou perpétuel. Eut-il eu un soi-disant caractère de conditions de capitulation, ce document ne pourrait davantage engager les autorités actuelles. Les administrateurs britanniques du Colonial Office avaient reconnu dès 1769 que la capitulation, et les conditions alors stipulées, ne pouvait «être considérée autrement que comme un accord temporaire entre des officiers de côté et d'autre, sujet à la décision finale des souverains des parties contractantes». Les interprétations possibles du sauf-conduit signé par Murray avaient trouvé explications dans les traités signés entre les deux couronnes, au terme du conflit. Les conditions de capitulation ne pouvant lier le souverain, il fallait désormais s'en «rapporter entièrement au [...] traité de Paris»²⁰. Or, le traité de Paris ne contient aucun article permettant d'extrapoler la portée du sauf-conduit signé par Murray. Si par leurs fausses appréciations les juristes ont jugulé la lecture de l'histoire, leur pouvoir n'est heureusement pas magique au point d'égruger les faits ou de dénaturer la réalité historique.

IV. La justice et l'historien

Une lecture herméneutique des témoignages du passé et l'inscription de ceux-ci dans leur temps, leur espace et leur univers mental fondent donc la méthode historique. Au cœur de la préoccupation et de la méthodologie de l'historien se révèle le respect du temps : souci de s'imprégner de la réalité du passé dans toute son épaisseur, soin à s'immuniser contre le méchronisme, inquiétude devant le mélange des temps que forcent les tribunaux par le biais des recours à la preuve historique. Car le temps ouvert de la démarche historique se confronte au

19. Murray avait entre autres été informé de l'existence de tels postes au Saguenay, soit dans la zone relevant de son autorité, par une lettre du père Coquart, reçue peu avant son départ en campagne, qui lui demandait effectivement son secours et sa protection; N.-M. Dawson, *Lendemain de conquête au royaume du Saguenay : le Domaine du roi dans la politique britannique (1760-1767)*, Québec, Nuit Blanche, 1996 aux pp. 62-64.

20. Rapport des lords commissaires du commerce et des plantations concernant l'état de la province de Québec, du 10 juillet 1769, publié dans A. Shortt et A. G. Doughty, dir., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921 aux pp. 367-368.

temps arrêté du jugement, objectif incontournable de la démarche judiciaire. Dans le contexte domestique, ce sont surtout les procès portant sur le droit autochtone qui multiplient ces télescopages dangereux; dans le contexte international, et plus particulièrement en France, ce sont les procès concernant les crimes contre l'humanité, qui ont récemment déchiré la République française et ses historiens, au sujet de la honteuse collaboration du gouvernement de Vichy avec le régime nazi.

Cinquante ans après les événements qu'on lui reproche, un homme, un vieillard, Maurice Papon, est traduit devant une cour d'assises française. Sur quoi porte l'accusation? D'avoir obéi aux ordres de son supérieur hiérarchique et avoir facilité, entre 1942 et 1944, la déportation de quelques 1 560 Juifs, alors qu'il était secrétaire général de la préfecture de Gironde. La nature de l'offense relève d'un nouveau type de crime : le crime contre l'humanité. L'incrimination résulte d'une loi votée par le parlement français en 1964, dont le texte se réfère à la résolution des Nations Unies du 13 février 1946 prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité. La morale *post-bellum* commande l'application d'une justice rétroactive. Avec les yeux d'un présent pacifié plus sensible s'impose la lecture d'un passé en crise, battant à un autre rythme, celui de l'état d'urgence, de l'état de guerre. S'opère alors une véritable confusion des temps et des contextes, qui travestit le passé déjà historique — puisque appartenant dorénavant à un nouveau champ référentiel — en présent juridique. L'historien ne se fait-il pas, à son tour, collaborateur de l'idéologie dominante en offrant son concours à la condamnation d'un homme, dont le crime premier n'était-il pas d'avoir franchi, en vie, la ligne de démarcation qui sépare deux époques sur la chaîne évolutive de la morale? L'histoire du procès Papon n'est qu'un cas parmi tant d'autres révélant le goût immodéré du présent pour la réécriture de l'histoire : la condamnation de certains événements du passé jugés malencontreux ne vient-elle pas en effet stopper la portée de ceux-ci dans la postériorité? On peut dès lors craindre que le tribunal, vers qui sont dirigés ces nouveaux pèlerinages de *mea culpa* collectifs, ne cherche avant tout à conforter les consciences en repentir et n'accorde qu'une oreille bien distraite à l'expertise historique. Et ce, d'autant plus lorsque ce témoignage de l'histoire ne parlera pas de concert avec ses intentions de redresser les torts du passé.

Les démarches juridiques entreprises sous de telles perspectives de réparation n'assoient pas dans le box des accusés que des individus, comme dans le cas Papon, mais également des institutions, comme dans l'histoire du sang contaminé, voire même des États, comme dans le cas des procès en droit autochtone. Une première question surgit : combien loin à rebours, la

justice pourra-t-elle étendre son bras afin d'engager quelque responsabilité individuelle ou collective? Une seconde la suit de près : combien large la justice pourra-t-elle ratisser lorsqu'il s'agira d'imputer une diffuse responsabilité, pour des milliers de meurtres et de massacres étouffés au cours des siècles, aux leaders de quelque grande doctrine, comme le christianisme, le libéralisme, le communisme ou l'actuelle sacro-sainte doctrine de la mondialisation des marchés? Une troisième question s'impose : quel sera le fondement d'un jugement dont la plaidoirie jouera sur le velours de la mauvaise conscience universelle et de la non moins universelle bonne conscience des surlendemain de tragédie ou d'émancipation idéologique?

Intentera-t-on des procès contre le Saint-Siège et ses inquisiteurs pour avoir jadis brûlé les hérétiques et les sorcières? Pourra-t-on exiger quelques compensations à l'État français, au nom d'une responsabilité nationale, et juger la mémoire de Charles IX et de Catherine de Médicis qui ont permis le Massacre de la Saint-Barthélemy, drame qui a fait des milliers de morts parmi les protestants de France? Exagérées ces comparaisons? Pas autant qu'on voudrait bien le croire. Les démarches juridiques des orphelins de Duplessis n'offrent-elles pas un exemple d'un premier pas en ce sens? Les médias rapportaient, il y a quelque temps, le cas d'autres enfants, des Britanniques ceux-là, qui avaient été déportés lors de la Première Guerre mondiale. Des excuses publiques de la part des autorités britanniques étaient exigées et des compensations financières, réclamées. Les deux cas trouvent quelque ressemblance. Certes, on soulèvera ici la différence entre des demandes de réparation en justice formulées par ceux-là même qui ont vécu les événements et celles intentées par des tiers dispersés dans le temps. Une telle distinction semble s'imposer dans la pensée juridique par l'état de «victime» effectivement constaté; ne devient-elle pas quelque peu méchronique dans une perspective historique? L'œil sensible de nos âmes bien pensantes d'aujourd'hui regarde trop ces enfants d'hier avec les lunettes *new look* d'un temps transformé. À une époque où la contraception n'existait pas, que les grossesses se suivaient à un rythme accéléré, que la pauvreté régnait dans les familles tirant péniblement leur pain des rudes travaux de la terre, l'enfant, aussitôt qu'il atteignait l'âge de l'autonomie motrice, était d'abord apprécié pour la main d'œuvre qu'il fournissait à l'économie familiale. Aussi, l'historien qui serait appelé à fournir une preuve historique dans le cadre de tels débats juridiques ne saurait être à la hauteur de son rôle de lecteur du passé s'il ne se dépouillait pas, d'abord, de la vision contemporaine de l'enfant-roi à qui on accorde plus de droits que de devoirs et ce, avant même sa naissance, comme l'ont démontré les acrimonieux débats autour du droit à l'avortement.

La complexité de la preuve historique s'arrime alors mal à la simplification de la logique juridique et à l'exigence de cette dernière d'accoucher d'une vérité normative et définitive. Pour le judiciaire, tout jugement est fondé sur une causalité mécanique guidée par l'idée moderne de la responsabilité. *A contrario*, le jugement historique ne s'articule pas à une telle causalité mécanique, puisqu'il doit prendre en compte les conditions, les circonstances et l'héritage du passé. Aussi, la preuve historique, qui cherche avant tout à établir l'unicité d'une situation, ne converge pas nécessairement vers l'analyse causale mécanique de la preuve juridique et ses jugements contenus dans une contextualisation sont incapables de fournir une explication causale cohérente avec la logique causale des jugements judiciaires. Certes, le juriste qui sollicite l'expertise d'un historien aimerait bien que celui-ci lui fournisse des preuves. S'il ne peut concevoir cette divergence de vue, son attente sera déçue. Car il n'appartient pas à la démarche historique de produire des preuves, au mieux peut-elle reconstruire avec chronicité et amplitude des enchaînements plausibles drapés de nuances.

En histoire le seul jugement possible est un jugement réfléchissant duquel on ne peut soustraire l'immanence des valeurs que porte la contextualisation. Le véritable enjeu de l'histoire étant de déterminer les lois, les codes et les valeurs qui régissent une époque et d'en décrire leurs fonctionnements, comment le jugement historique, modelé sur les lois inhérentes à la période étudiée, pourrait-il être appelé pour justifier un jugement judiciaire, déterminant, opérant dans un champ législatif différent? Le jugement historique devient alors incompatible avec tout jugement judiciaire qui, partant d'autres lois, établit un jugement normatif.

Conclusion

L'incompatibilité des finalités de l'une et l'autre démarche expose au grand jour leurs limites respectives. L'historien doit ici reconnaître les bornes de sa discipline : on ne peut poser à l'histoire que les questions auxquelles elle peut répondre et les lois qui structurent une période ne sauraient s'appliquer ni de façon anachronique ni de façon parachronique. Le juriste fera-t-il preuve d'autant d'humilité et saura-t-il définir lui aussi les limites de son champ d'action entre la philanthropie et le droit, comme le recommandait Kant, à la fin du XVIII^e siècle? Ne devrait-il pas reconnaître qu'il ne peut s'élever en don Quichotte atemporel, transhistorique?

La problématique amérindienne qui hante nos tribunaux fournit l'occasion d'un tel examen de conscience pour l'un et l'autre. L'historien

et le juriste devront s'interroger sur l'opportunité de se substituer au politique. En effet, il s'agit bel et bien, dans un tel cas, de palier la pusillanimité du politique qui, par son renoncement à toute prise de position tranchée, relègue au juridique le fardeau des responsabilités sociales et à l'histoire de demain la condamnation à rebours des iniquités contemporaines. Aussi, en acceptant de citer le passé à la barre des témoins, historiens et juristes devraient moins chercher à en user dans un processus de réparation, qu'à le mettre à contribution dans la construction de la conscience politique actuelle.

Car, faut-il le rappeler, la morale a elle aussi son histoire; la bonne conscience d'aujourd'hui n'est en fait que l'idéologie fondamentaliste dénoncée de demain. Dans la France coloniale de Samuel de Champlain, il n'y avait pas de Premières Nations autochtones; il n'y avait pas de nation au sens contemporain du terme, il y avait des royaumes remplis de sujets et un Nouveau Monde rempli de Sauvages que l'on comptait franciser. Dans le Québec pré-Révolution tranquille, la charité chrétienne acceptait bien que l'on mît secrètement à la crèche un enfant non désiré afin de préserver la réputation de toute une famille, voire de deux, voire même de tout un village. Accueillis en surnombre par les religieuses, ils ne purent, tous, recevoir les soins et l'attention souhaitables. Quelques-uns furent heurtés par le système. Voudra-t-on aujourd'hui faire le procès de ces congrégations qui les accueillirent? La bataille est facile, presque gagnée d'avance; depuis le temps qu'on voulait en découdre avec l'institution religieuse, l'occasion était trop belle pour la laisser passer, et donner encore quelque sens à cette Révolution tranquille. Ne serait-il pas plus noble de concentrer les efforts pour redresser les torts du présent?

Aujourd'hui, dans le seul Québec métropolitain, cinq enfants seront enlevés par les agents de la Direction de la protection de la jeunesse pour fin d'enquête sur les agissements de leurs parents. Trois d'entre eux, victimes d'un faux signalement, subiront le traumatisme de voir arriver à leur domicile des inconnus, qui leur ordonneront de les suivre, qui interdiront à leurs parents de les accompagner, qui les feront monter en voiture vers une destination inconnue, qui les conduiront dans un lieu à caractère carcéral où ils seront, comme au Moyen Âge, soumis à la question, la torture en moins. Trois enfants, selon les statistiques officielles et pour le seul Québec métropolitain²¹, se coucheront ce soir dans la hantise

21. Les statistiques pour l'année 1998 rapportent 4 673 signalements. De ce nombre 2 610 sont retenus : 627 sont des signalements déjà enregistrés, 1 983 sont de nouveaux signalements retenus pour fin d'enquête. Après ce que les agents appellent la cueillette de données — et que les parents victimes vivent plutôt comme un enlèvement — seuls 870 cas requerront une intervention, toute nature confondue, de la DPJ.

qu'on vienne à nouveau les enlever, sans mandat et sans aucune autre formalité, sur un simple excès de zèle d'un fonctionnaire qui ne sera jamais imputable de ses actes, puisqu'il est aussi bien protégé que les religieuses du temps de Duplessis. Trois enfants de plus, ce soir, s'ajouteront aux centaines d'autres enfants heurtés, traumatisés, par les agissements d'agents de la Direction de la protection de la jeunesse. Ces enfants ne sont-ils pas les orphelins de Duplessis de demain, lorsque la DPJ ne sera plus au-dessus de la loi? Quel juriste se lèvera ce soir pour exiger que cesse immédiatement cette torture psychologique, en référence à quelque alinéa de quelque texte de loi? Préféreront-ils passer la main à des confrères de demain qui, grâce au concours d'historiens qui auront glané les témoignages de victimes et de témoins disparus, instruiront le procès des «orphelins de la DPJ»? À l'instar de leurs confrères britanniques qui ont préféré laisser à la postérité (ou à d'autres) la conduite du procès contre les exactions commises par le général Pinochet.

La justice trouve plus de crédibilité lorsqu'elle opère dans le même champ référentiel que ses accusés et ses témoins. Tous les régimes génèrent leurs lots d'injustices et de victimes au nom d'une quelconque «Raison d'État», ne convient-il pas de s'attaquer d'abord à celles de notre propre contemporanéité plutôt qu'à celles d'une antériorité révolue?

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE »

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : 407-417

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12365>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12365>

Page vide laissée intentionnellement.

«MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE»*

par Pierre PATENAUDE**

L'apparition des preuves scientifiques et techniques devant les tribunaux est la cause d'une certaine commotion chez les juristes, autant chez les professeurs de preuve, chez les plaideurs que chez les juges. Nous avons déjà eu l'occasion de présenter les dilemmes qui surviennent lors de conflits de valeurs entre, d'une part, la recherche de la vérité et, d'autre part, les atteintes aux droits fondamentaux commises lors de la cueillette des preuves¹. Puis, dans un second volet, nous nous étions intéressé à l'admissibilité des preuves obtenues au moyen de l'utilisation, par la police, de techniques modernes d'enquête et de surveillance².

*, David L. Faigman *et al*, *Modern Scientific Evidence : The Law and Science of Expert Testimony*, St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1997. (Publié en trois volumes : vol. 1, 778 pages, plus supplément 1999; vol. 2, 674 pages, plus supplément 1999; vol. 3, 571 pages, 1999).

**, Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

1. P. Patenaude, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales*, Sherbrooke (Qc), Éditions R.D.U.S., 1990; P. Patenaude, «Le droit à une défense pleine et entière et l'apparition en jurisprudence canadienne des résultats de l'utilisation de techniques modernes d'enquête et de surveillance» [1998] H.R.L.J. 737.

2. P. Patenaude, «De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l'utilisation par la police de techniques modernes d'enquête et de surveillance» dans *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve : Actes du colloque*, Sherbrooke (Qc), Éditions R.D.U.S., 1998, 1.

Dans le cadre de cette seconde publication, des experts forensiques³, messieurs Léo Lavergne et Vahé Sarafian avaient présenté des études relatives à la force probante des preuves par ADN⁴.

Enfin, nous avons soulevé le problème spécifique des preuves présentées par les experts des laboratoires de sciences forensiques (police scientifique)⁵. Depuis la publication de ces études, nous avons pu prendre connaissance d'une oeuvre marquante, tant par l'exhaustivité de la recherche sur la question des preuves scientifiques que par la qualité de sa présentation : il s'agit des trois volumes publiés par messieurs les professeurs David L. Faigman, David H. Kaye, Michael J. Saks et Joseph Sanders intitulés *Modern Scientific Evidence* (The Law and Science of Expert Testimony)⁶.

La lecture desdits volumes devrait être un prérequis pour tout juriste aux prises avec un rapport scientifique, tout particulièrement s'il doit interroger ou contre-interroger l'expert et si ledit rapport provient d'un laboratoire de police scientifique. Ce plaideur risque alors d'être fortement ébranlé dans ses convictions, car il y trouvera une remise en question de certaines données que le droit tenait, et tient encore, pour acquises. Trois exemples serviront à illustrer ces propos :

-
3. Forensique provient du mot latin *forensus* signifiant «du forum», c'est-à-dire de l'endroit, dans la Rome antique, où se tenaient les débats politiques ainsi que les procès. Plusieurs optent pour l'expression «sciences judiciaires». Ainsi les laboratoires de police scientifique du Québec portent le nom Laboratoire d'expertises judiciaires et de médecine légale. Mais nous sommes d'avis que les experts judiciaires sont d'abord les juges et le personnel rattaché aux tribunaux. En Suisse, on préfère l'expression «criminalistique appliquée». En effet, à l'Université de Lausanne se trouve l'Institut de criminalistique appliquée. Cependant, nous avons constaté que cette formule prête à confusion : il y a danger de confondre avec criminologie. Enfin, l'expression «police scientifique» porte une connotation de lien trop étroit avec la police; elle peut en amener plusieurs à douter de l'impartialité des experts. Faute de mieux, donc, nous utilisons l'expression «science forensique» pour désigner les sciences spécialisées dans les preuves savantes.
 4. L. Lavergne, «L'expertise du profil génétique : ses limites» dans Patenaude, *ibid.* à la p. 199.
 5. V. Sarafian, «Nouvelles techniques : les STR» dans Patenaude, *ibid.* à la p. 219.
 6. P. Patenaude, «De l'expertise judiciaire dans la cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions» (1996-97) 27 R.D.U.S. 1.
 6. Faigman, *supra* note *.

(1) En matière d'expertise d'écriture, les auteurs rapportent les faits troublants suivants : en 1985, des exemplaires d'écriture accompagnés d'un écrit en litige furent envoyés à 42 laboratoires spécialisés en identification d'écriture l'année suivante, le même exercice fut soumis à 48 laboratoires et ainsi de suite pendant plusieurs années.

La compilation des résultats amena les conclusions suivantes : 36 % des réponses furent exactes, 42 % inexactes et, dans 22 % des cas lesdits «experts» opinèrent à l'effet qu'ils ne pouvaient donner de réponse. Après étude d'autres données relatives à ladite «expertise» les auteurs deviennent sarcastiques :

Even where the experts do exceed chance performance, is chance the criterion of expertise? If a driver manages to stay on the right side of the median stripe more often than chance, if a piano student hits the correct notes more often than chance, if a student scores above chance on an exam - are they to be regarded as experts? [...] Put simply, beating chance hardly establishes expertise.⁷

D'ailleurs, il appert que l'identification d'écriture n'est pas une technique qui fut scientifiquement validée. En fait, les auteurs réfèrent à une autre recherche qui aboutit à des conclusions pour le moins troublantes : un exemplaire d'écriture avait été envoyé à un groupe «d'experts» en identification auquel on avait joint un échantillon provenant d'un auteur inconnu. Les conclusions des «experts» avaient été concordantes à cent pour cent : il semblait bien qu'ils avaient tous respecté scrupuleusement la méthodologie de leur «technique» mais voilà... ils s'étaient tous trompés! La méthodologie de leur art avait-elle été tout simplement déficiente?⁸

7. D. M. Risinger, «Handwriting Identification», *supra* note *, vol. 2 aux pp. 110-111.

8. D. M. Risinger, M. B. Denbeaux et M. J. Saks, «Exorcism of Ignorance as a Proxy for Rational Knowledge : the Lessons of Handwriting Expertise» (1989) 137 U. Pa. L. Rev. 731.

(2) Passons au deuxième exemple, beaucoup plus inquiétant, car marqué, chez les juristes, du sceau de la quasi-infaillibilité : l'identification par empreintes digitales. Nous avons déjà soulevé des motifs d'inquiétude⁹; les études publiées par l'Institut de police scientifique et de criminologie de l'Université de Lausanne¹⁰ avaient créé un certain désarroi : à ce sujet Faigman, Kaye, Saks et Sanders, dans leur magistrale publication, viennent ajouter des raisons pour que les avocats de la défense n'accordent pas une confiance aveugle aux rapports dactyloscopiques. Il semble, en effet, que le principe fondamental, la théorie de l'unicité desdites empreintes, n'ait pas reçu beaucoup d'intérêt dans la communauté scientifique. Les auteurs constatent :

From a statistical view point, the scientific foundation for fingerprint individuality is incredibly weak [...] in general, there is much speculation and little data.

[...] there is no justification based on conventional science : no theoretical model, statistics, or empirical validation.

[...] about a dozen models for quantification of individuality have been proposed. None of these even approaches theoretical adequacy, however, and none have been subjected to empirical validation¹¹.

La validité du principe fondamental, selon les auteurs, n'aurait pas été établie. À cela s'ajoute l'erreur humaine... Infaillibilité?

(3) Qu'en est-il de l'identification par ADN? Évidemment, de nombreuses recherches scientifiques étayent le principe de l'individualité de la marque. Mais au niveau du travail en laboratoire, il peut y avoir eu de nombreuses lacunes. On a même vu récemment la poursuite et la défense joindre leurs voix pour contester les méthodes bâclées («sloppy»), non conformes aux normes, suivies par la compagnie Lifecodes Corporation dans

9. *Supra* note 5.

10. P. Margot et C. Lennard, *Les méthodes de détection des empreintes digitales*, Institut de police scientifique et de criminologie, 6^e éd., Lausanne, Université de Lausanne, 1994; C. Champod, *Reconnaissance automatique et analyse statistique des minuties sur les empreintes digitales*, Faculté de droit et Institut de police scientifique et de criminologie, Lausanne, Université de Lausanne, 1996.

11. D. A. Stoney, «Fingerprint Identification – Scientific Status», *supra* note *, vol. 2 à la p. 67.

l'interprétation de l'ADN à des fins de preuve¹². Comme quoi aucune identification n'est infaillible. La sagesse impose au juriste un doute judicieux.

Ces exemples vous ont donné, nous l'espérons, l'eau à la bouche ...! Pour que votre désir de prendre connaissance de ces volumes soit encore plus impératif, ajoutons que les auteurs y incluent des études sur l'admissibilité et la force probante des preuves découlant des sciences sociales et du comportement [i.e. sondages (ch. 5), preuve d'insanité (ch. 6), preuve d'analyse clinique de propension à la violence (ch. 7), syndrome de la femme battue et autres symptômes de violence envers femmes et enfants (ch. 8 et 9), preuve de traumatisme résultant d'un viol (ch. 10), identification visuelle (ch. 11), preuve post-hypnotique et théorie du rappel hypnotique (ch. 12 et 13) et enfin, polygraphie (i.e. détecteur de mensonges) (ch. 14)]. Suivent, de nombreuses études sur l'identification *forensique* (criminalistique appliquée) - [identification génétique (ch. 15-16-17-18-19), identification par empreintes digitales (ch. 21), d'écriture (ch. 22), d'armes à feu (ballistique) (ch. 23), de marques de dents (ch. 24), expertise spectrographique (identification de la voix) (ch. 25) et, enfin, expertises en matière d'incendies et explosions (ch. 26)]. La dernière partie porte sur les substances toxiques : deux chapitres s'intéressent particulièrement à la toxicologie (ch. 27) et à l'épidémiologie (ch. 28). Ensuite, viennent des chapitres consacrés à l'identification des substances toxiques, Bendectin (ch. 29), implants mammaires au silicone (ch. 30), champs électromagnétiques (ch. 31), tabac (ch. 32) et drogues (ch. 33).

Cette année, un troisième volume vient compléter les deux premiers : le temps ne nous a malheureusement pas permis de le lire au complet! Mais mentionnons qu'on y trouve des chapitres consacrés à la taxonomie (classification) des expertises (ch. 34), au témoignage des enfants et à l'expertise relative à leur mémoire (ch. 35), aux témoignages scientifiques relatifs aux agresseurs sexuels (ch. 36), aux expertises économiques relatives à l'évaluation des dommages (ch. 37) et aux cas de coalition (ch. 38); la preuve relative à l'ivresse fait l'objet du chapitre 39, celle relative aux dommages causés par l'amiante, le chapitre 40 et, enfin le chapitre 41 traite des implants mammaires.

12. *People c. Castro* 545 N.Y.S. (2d) 385 (supp. 1982); voir aussi P. Bannks, «Bench Notes» *Journal of NIH Research* 2 (1990) 75. C. Norman, «Maine Case Deals Blow to DNA Fingerprinting» *Science* 246 (1989) 1556.

Mais avant de lire le, ou les chapitre(s) qui apportera(ront) un éclairage sur des questions spécifiques dont vous pourriez être saisis, nous recommandons la lecture préalable de la partie II (chap. 2-3 et 4) ainsi que du chapitre 20 de la partie IV, relatifs aux méthodes scientifiques. Les auteurs y présentent le processus intellectuel suivi tant par les scientifiques et les techniciens que par les juristes. Il est, en effet, nécessaire pour ceux qui ont à analyser, à interroger ou contre-interroger des experts (ou parfois des fumistes) de comprendre l'essentiel de la méthode scientifique. La règle d'or est de comprendre que la valeur du témoignage de l'expert ou encore de son rapport ne dépendent pas principalement de la personnalité du témoin ou du rédacteur, mais bien de la validité de sa méthode.

Quelques paragraphes, insérés dès le début de l'oeuvre, établissent bien cette constante que l'on retrouvera tout au long des études :

To real scientists a finding of fact is only as good as the methods used to find it. Scientific method is the logic by which the observations are made. Well designed methods permit observations that lead to valid, useful, informative answers to the questions that had been framed by the researcher. For scientists, the key word in the phrase «scientific method» is *method*. Methodology - the logic of research design, measures, and procedures - is the engine that generates knowledge that is scientific. While for lawyers and judges credibility is the key to figuring out which witnesses are speaking truth and which are not, for scientists the way to figure out which one of several contradictory studies is most likely correct is to scrutinize the methodology.

We conclude this introduction on a note of caution. Although this chapter is focused on the challenges of doing science well, the reader should be alert to the problem of assertions made on the basis of no science at all. Not all knowledge asserted by people who are commonly thought of as scientists is the product of the scientific method. It will help to think of science as a verb, not a noun. Science is what one does to build knowledge, not what someone is.

Some people or groups who call themselves scientists do not use the scientific method. That is, their beliefs have not been subjected to systematic empirical testing. Their own and their field's beliefs are

based on casual observation, or intuition, or faith, or the authority of past generations of members of their field exercising *their* intuition. Masquerading as science, such claims are likely to be defended by statements that the truth of the assertion rests on «my many years of experience», or «generations of study by my field». Were the findings (are) based on evidence produced by the scientific method, the expert should be able to present those studies to any audience, including a court, along with the methodology and the results of the studies.¹³

La fiabilité des conclusions de l'expert, leur force probante, leur crédibilité dépend donc de la méthode suivie pour atteindre les conclusions.

Ainsi, une hypothèse qui n'a pas fait l'objet d'expérimentation ne peut avoir un taux d'erreur connu – alors, elle n'a sûrement pas fait l'objet d'une publication dans une revue scientifique arbitrée et avoir reçu une acceptation de la part de la communauté scientifique pertinente¹⁴.

Les auteurs opinent donc à l'effet que les juges devraient avoir un minimum de connaissances scientifiques pour faire la distinction entre des conclusions fondées sur une recherche basée sur une méthodologie fiable et d'autres reposant sur des assises douteuses :

[...] [J]udges must develop sufficient scientific literacy to recognize research designed to truly test a hypothesis as compared to research designed merely to supply impressive looking graphs and imposing numbers to a researcher's theory. In other words, judges (and lawyers) must be able to distinguish the methods of science from those methods that merely imitate science¹⁵.

Donc, le mot clé est «méthodologie»!

Mais voilà : les expertises forensiques reposent rarement sur des recherches théoriques, il est en effet très exceptionnel que des études

13. Faigman, *supra* note *, vol. 1 aux pp. 48-49.

14. *Ibid.*, vol. 1 à la p. 20.

15. *Ibid.*, vol. 1 à la p. 21.

scientifiques viennent appuyer la validité des techniques utilisées¹⁶. L'identification génétique est une exception majeure.

Prenons à titre d'exemples, l'odontologie judiciaire, la ballistique et l'expertise en matière d'incendies criminels.

(1) L'odontologie judiciaire

Selon les auteurs¹⁷, l'unicité de la concordance entre les marques de dents imprimées sur la victime et celles du suspect n'a jamais été établie. Bref, d'autres empreintes dentaires pourraient se révéler identiques. De plus, lorsque les empreintes sur la victime s'avèrent obscures, les conclusions de l'odontologiste peuvent parfois être le résultat de pures spéculations.

(2) La ballistique

«Selon moi, la balle provenait de l'arme A.» Une telle affirmation mérite une analyse critique poussée : il appert, en effet, qu'il n'y a pas de normes, de critères objectifs, en matière de preuves d'identification d'armes à feu ou marques d'outils¹⁸ : l'expertise en les matières s'avère donc contestable.

(3) Incendies et explosions

Les auteurs opinent à l'effet que plusieurs opinions partagées par les enquêteurs en la matière ne sont pas fondées; l'expérience empirique ne viendrait pas toujours, semble-t-il, corroborer lesdites théories¹⁹ :

[...] [S]ome of the scientific predicates relied upon by investigators and admitted by courts were found by research on those methods to be less valid than the experts or the courts thought them to be. In some

16. Faigman, *supra* note *, vol. 1 à la p. 33 et vol. 2, chap. 20; voir aussi D. L. Faigman, «Should Forensic Science be “Scientific”» dans Patenaude, *supra* note 2 à la p. 135.

17. J. I. Thornton, «The General Assumptions and Rationale of Forensic Identification», *supra* note *, vol. 2 à la p. 35.

18. *Ibid.*, vol. 2 aux pp. 36-37.

19. *Ibid.*, vol. 2 à la p. 228.

instances principles of fire investigation that lacked a sound scientific basis led to convictions for arson and homicide by arson that later were vacated²⁰.

De plus, les enquêteurs en la matière n'ont, pour la plupart, reçu aucune formation scientifique²¹ et, ce qui complique l'évaluation de leur témoignage, c'est que les éléments de preuve manquent d'ordinaire, car elles furent détruites ou, si elles existent encore, elles sont souvent méconnaissables. Les plaideurs devraient donc, à tout le moins, s'assurer d'avoir des résultats de laboratoire pour corroborer le témoignage des enquêteurs. L'«expertise» de l'enquêteur devrait donc être couplée, lorsque possible, de celle d'experts-analystes qui auraient eu recours à l'analyse des échantillons, indices et résidus au moyen de la spectrométrie et de la chromatographie gazeuse, techniques qui, elles, sont agréées!²²

There are few fields where the ability of experts to disagree after viewing the same evidence is more of a problem than in fire investigation ... Generally, the more severe the fire, the less likely two individuals are to agree as to its cause²³.

Pourtant, toutes ces preuves sont constamment admises devant les tribunaux, les juges étant souvent convaincus que chaque parole prononcée par un expert, surtout s'il détient d'impressionnants diplômes, est scientifiquement valable.

Or, admettre qu'un expert justifie ses conclusions uniquement en alléguant des années d'expérience en la matière immunise ce dernier contre le contre-interrogatoire.

20. *Ibid.*, vol. 2 à la p. 229.

21. J. J. Lentini, «Fires, Arsons and Explosions – Scientific Status», *supra* note *, vol. 2 à la p. 231.

22. *Ibid.*, vol. 2 à la p. 235.

23. *Ibid.*, vol. 2 à la p. 238.

Conclusions

Ne concluons surtout pas que le droit doive faire fi de la science dans sa recherche de la vérité! Que non! Mais, dans cette quête de la réalité, le juriste doit s'assurer que l'expertise soit fondée sur une théorie scientifique (i.e. principe fondamental) dont la validité est établie, sur une technique utilisée dont la fiabilité est prouvée et sur un témoin expert dont les connaissances et le professionnalisme assurent une interprétation crédible.

Voilà pourquoi le contre-interrogatoire est important pour faire sortir les faiblesses des fondements, les failles méthodologiques, les limites de l'expert.

Évidemment, l'avocat de la partie adverse devrait contester le fait que l'expert se limite à rapporter ses années d'expérience pour appuyer ses conclusions. Les auteurs écrivent avec justesse :

When an expert testifies to an opinion, and bases that opinion on «years of experience», the practical result is that the witness is immunized against effective cross-examination. When the witness testifies that «I have never seen another similar instance in my 26 years of experience [...]» no real scrutiny of the opinion is possible [...] Many witnesses have learned to invoke experience as a means of circumventing the responsibility of supporting an opinion with hard facts. For the witness, it eases cross-examination. But it also removes the scientific basis for the opinion.²⁴

Voilà aussi pourquoi une contre-expertise peut parfois s'avérer fort importante. Or, dans une étude de M. Robert Poirier, publiée à la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke²⁵, quelques statistiques nous stupéfient. Après avoir dépouillé un nombre important de dossiers de nature criminelle présentés entre 1960 et 1990 à la Cour du Québec, district de Montréal (près de 10,000 dossiers), l'auteur en arriva à la conclusion qu'une expertise sur quatre seulement avait été présentée par la défense; notons cependant que les expertises

24. J. I. Thorton, *supra* note 17, vol. 2 à la p. 16.

25. R. Poirier, «Le déséquilibre des forces entre la défense et la poursuite en matière de ressources scientifiques» (1999) 30 R.D.U.S. 157.

en matière d'alcool ne furent pas prises en considération. Il est intéressant de noter que ce résultat fut le même que celui auquel Kelven et Zeisel²⁶ avaient constaté pour les États-Unis.

Plus spécifiquement M. Poirier rapporte que, en matière d'incendies, la défense n'avait jamais eu recours à une expertise (donc 100 % présentées par la Couronne); même résultat en matière d'identité judiciaire. Il appert que l'expertise contradictoire s'avère un phénomène très limité.

Véritable traité, étude exhaustive de la question des preuves scientifiques modernes, oeuvre qui devra néanmoins constamment être mise à jour vue l'évolution fulgurante des questions posées par la multiplication rapide des techniques d'expertises judiciaires, les volumes de Faigman, Kaye, Saks et Sanders doivent trouver place dans toute bonne bibliothèque, non seulement de droit, mais aussi de sciences.

Relativement à la force probante des expertises, les études sont valables sous tous les cieux. Par contre, étant donné que le livre fait référence au droit américain, les lecteurs québécois ou canadiens devront faire un effort d'adaptation quant à la question de l'admissibilité des preuves. Évidemment, les auteurs appliquent les normes élaborées par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals inc.*²⁷ (notons, en passant, que cette décision vient d'être complétée par celle rendue dans *Kumho Tire Co. Ltd c. Carmichael et al.*²⁸). Mais avec l'aide de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *La Reine c. Mohan*²⁹, le lecteur juriste canadien ou québécois pourra apporter les distinctions qui s'imposent.

26. H. Kelven et H. Zeisel, «The Anatomy of the Evidence» dans J. Peterson ed., *Forensic Science, Scientific Investigation in Criminal Justice*, AMS. Press, New York, 1975.

27. 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786, 125 L. Ed. (2d) 469 (1993).

28. 119 S. Ct. 1167, 143 L. Ed. (2d) 238.

29. [1994] 2 R.C.S. 9.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « LES OUTILS DU RAISONNEMENT ET DE LA RÉDACTION JURIDIQUES »

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : **419-421**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12366>

Page vide laissée intentionnellement.

**«LES OUTILS DU RAISONNEMENT
ET DE LA RÉDACTION JURIDIQUES»***

par René PEPIN**

Voici un ouvrage très bien fait, et qui arrive à point, au début d'une nouvelle année académique. Il s'agit d'un guide destiné aux étudiants, mais qui peut être profitable à tous, pour les aider dans leurs activités de recherche et de rédaction juridiques. Comme l'auteure l'écrit dans l'avant-propos, le livre constitue «une synthèse de principes qui ont trait à la rédaction, aux raisonnements juridiques et à la démarche de recherche».

Mme Laprise fait preuve d'humilité quand elle écrit, toujours dans l'avant-propos, que son travail a été facilité par les «nombreux écrits sur le sujet», et qu'elle s'est souvent contentée de simplifier les propos d'auteurs faisant autorité. Je trouve, au contraire, qu'il y a plusieurs sujets abordés dans le volume à l'égard desquels la littérature juridique est d'une grande pauvreté. Toute personne chargée de superviser des étudiants qui ont à rédiger un avis juridique a dû être frappée par cette difficulté de trouver des textes en français sur la façon d'accomplir cette tâche.

Le volume comprend neuf chapitres. Chacun est précédé d'un court texte présenté dans un cadre avec un fond gris. Cela permet de vérifier immédiatement si le contenu traite de ce qu'on recherche. Le premier chapitre porte sur la jurisprudence, car c'est la source du droit qui permet le mieux de se familiariser avec le raisonnement juridique. Il est très complet, au point que tous peuvent tirer avantage à le lire. Il traite de la chose jugée, de l'autorité des précédents en droit civil et en *common law*, des techniques utilisées par les tribunaux pour s'écarter des précédents, et de la place de la jurisprudence dans les autres sources du droit. Suit un développement sur la technique du résumé et de l'analyse d'une décision et d'un exemple pratique.

*. G. Laprise, *Les outils du raisonnement et de la rédaction juridiques*, Montréal, Thémis, 2000.

**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Le second chapitre traite des techniques de solution d'un problème juridique, soit à partir d'une situation factuelle soumise par un «client» éventuel, ou de l'énoncé d'un problème juridique. Le troisième traite du plan d'un texte. Il est très complet, et contient de nombreux conseils pratiques judicieux. Il explique les deux grandes méthodes d'élaboration du plan, appelées méthode cartésienne et analytique. On constate avec joie que l'auteure ne véhicule pas les préjugés qu'on trouve chez nombreux auteurs français à l'effet que seul le plan cartésien, avec ses subdivisions en deux parties à l'infini, serait un véritable plan.

Le chapitre quatrième porte sur les familles de raisonnements juridiques. On y trouve plusieurs éléments tirés des ouvrages sur l'interprétation des lois, mais Mme Laprise a su retenir l'essentiel de ce que l'étudiant doit connaître pour effectuer ses divers travaux. On traite donc tour à tour du raisonnement déductif, où on explique ce que sont les raisonnements *a pari*, *a fortiori* et *a contrario*, et du raisonnement inductif. Sont présentés ensuite les raisonnements dits de persuasion, adoptés pour inciter un tribunal à adopter une position dans la solution d'un litige, et ceux issus de la technique juridique, créés par le législateur ou la jurisprudence dans le but de favoriser une meilleure application de la loi. On y traite des arguments dits «de texte», «de cohérence», des arguments téléologiques, historiques et des différentes présomptions légales.

Le chapitre 5 porte sur les techniques de repérage de la doctrine et de la jurisprudence ainsi que sur les conventions de citations. Il est évident qu'ici le livre ne traite que des principaux outils de recherche et se limite à ce qui a trait au droit québécois. Certains développements peuvent sembler viser un public très limité, lorsque Mme Laprise traite du catalogue informatisé de la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Mais on sait qu'avec les développements de l'informatique, la consultation de ces catalogues devient accessible à distance, de sorte que ses propos peuvent être utiles à tous. Quant aux conventions de citations, on ne peut lui reprocher de s'aligner sur l'ouvrage de Didier Lluellas, qui œuvre lui aussi à l'Université de Montréal, plutôt que sur le *Manuel canadien la référence juridique*, œuvre de la Revue de droit de McGill. Dans le même sens, le chapitre 6 expose les règles applicables à l'Université de Montréal sur la présentation matérielle des écrits juridiques.

Enfin, les trois derniers chapitres portent sur le commentaire d'arrêt, la dissertation juridique et l'avis juridique. Ils sont très bien faits, complets, avec exemples à l'appui.

Évidemment, dans ce genre d'ouvrages, se pose toujours la question de savoir jusqu'à quel point ils doivent être complets, le danger étant que l'étudiant risque de se perdre totalement dans les dédales d'un texte trop fouillé. Ce n'est sûrement pas un livre qu'on peut donner à lire intégralement aux étudiants. Il devront aller chercher, au besoin, les éléments nécessaires pour effectuer une tâche. Je préfère personnellement la façon de faire de l'auteure, qui fait un texte très complet, avec les difficultés que cela peut présenter. Mais le volume a l'avantage de constituer un excellent ouvrage de référence, qu'on peut consulter fréquemment, sans avoir à aller chercher ailleurs des compléments d'information sur les sujets qui nous intéressent à un moment donné.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'EXPERTISE EN IDENTIFICATION D'ÉCRITURES ET DE SIGNATURES

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : **423-424**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12367>

Page vide laissée intentionnellement.

L'EXPERTISE EN IDENTIFICATION D'ÉCRITURES ET DE SIGNATURES*

par Pierre PATENAUDE**

Il est assez rare que des experts québécois en sciences forensiques publient sur leur spécialité. Pourtant, plusieurs de ces personnes qui sont de précieux collaborateurs des systèmes policier et judiciaire auraient de nombreuses informations à nous transmettre. Monsieur André Münch, jusqu'à tout récemment chargé d'expertises en identification d'écritures et de signatures au Laboratoire d'expertises judiciaires et de médecine légale du ministère de la Sécurité publique a, dès son départ à la retraite, rédigé un volume fort intéressant sur son art, sa spécialité. Dans *L'expertise en écritures et signatures*, l'auteur nous présente, dans un style alerte, par un texte très articulé et accessible au commun des lecteurs, les techniques usuelles utilisées par les spécialistes en la matière; il ajoute à cette analyse, quelques commentaires critiques sur certaines réalités propres aux laboratoires de police scientifique et termine son volume en nous présentant les recherches et conclusions quant à l'identification de la signature du général Murray apposée au fameux «traité» (sic) du 5 septembre 1760 entre ce militaire britannique et les Hurons et quant aux expertises d'écriture lors d'enlèvement, particulièrement quant à ceux de James Richard Cross, lors de la Crise d'octobre 1970, et de Léna Blanchet en juin 1975. On y constate que l'auteur a non seulement une connaissance approfondie de la technique d'identification, mais aussi des sujets connexes à son art, tels que l'analyse et le développement historique des papiers, des encres, des techniques d'écritures.

Bonne étude du sujet, le volume prête cependant à critiques : ainsi, l'auteur fait preuve de confiance exagérée en sa technique; en effet, lorsqu'il affirme que le spécialiste en écritures et en signatures peut, dans certains cas, identifier l'auteur d'un écrit «hors de tout doute raisonnable» (aux pp. 61 et 90), il semble faire une affirmation exagérée. En effet, l'individualité de

*. A. Münch, *L'expertise en écritures et signatures*, Sillery, Septentrion, 2000.

**, Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

l'écriture n'a jamais fait l'objet, à notre connaissance, d'études empiriques; là, d'ailleurs repose la faiblesse majeure de cette spécialité. Plusieurs se demandent conséquemment si celle-ci mérite le qualificatif de scientifique? Ne serait-elle pas plutôt un art?

Nous préférons les opinions plus nuancées que l'auteur expose aux pages 80-81; en tant que juriste, nous aurions préféré que M. Münch écrive que, dans les meilleurs cas, le spécialiste témoigne à l'effet que «la probabilité est forte qu'effectivement l'écrit en litige fut rédigé par ...»

Enfin, lorsque l'auteur écrit, au sujet de la preuve présentée par Berthillon dans l'affaire Dreyfus, qu'elle était irréfragable, comment peut-il, plus loin, qualifier le témoignage de ce créateur de l'expertise d'écriture de «témoignage souvent peu clair et nébuleux et une démonstration sophistiquée mais non vérifiée» (pages 20-21); il nous semble y avoir ici un certain illogisme.

Bref, un volume fort intéressant pour les juristes, sujet néanmoins à quelques réserves.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « DROIT CONSTITUTIONNEL. PRINCIPES »

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : **425-427**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12368>

Page vide laissée intentionnellement.

**«DROIT CONSTITUTIONNEL.
PRINCIPES»***

par René PEPIN**

Voici la seconde édition d'un ouvrage paru initialement en 1993. Il nous arrive un an après la date promise par l'éditeur.

Il s'agit essentiellement du même texte de base, revu et corrigé par l'auteur. La seconde édition couvre une cinquantaine de pages additionnelles, abstraction faite des textes de lois reproduits en annexe. Mais on ne peut pas conclure qu'elle contient 50 pages de plus écrites par l'auteur, parce que la présentation matérielle a été modifiée. Les lettres sont en caractères plus petits dans la nouvelle édition, mais les marges, où l'on a ajouté des mots-clés, sont beaucoup plus larges pour aider le lecteur à trouver le passage pertinent pour lui, et probablement pour permettre l'ajout de notre personnelles.

Le volume couvre essentiellement ce que le professeur Tremblay doit voir dans ses enseignements à l'Université de Montréal. Cette formule a ses avantages et désavantages. Pour ses étudiants, ils sont assurés d'avoir en main tout ce qui doit être assimilé pour se présenter aux examens. Pour les étudiants d'autres universités, ou les avocats, on peut déplorer que certaines questions soient traitées de façon partielle, comme le partage des pouvoirs législatifs. L'auteur ne couvre dans ce domaine que les principes généraux, et l'état du partage des pouvoirs n'est vu que dans un secteur, celui des relations de travail, «pour illustrer l'application de plusieurs principes généraux de droit constitutionnel», comme l'écrit l'auteur. Mais on comprend que ce choix est bien défendable.

Le contenu de l'ouvrage, comme celui de la première édition, est absolument excellent. La réputation du professeur Tremblay n'est plus à faire. Tout comme les autres ouvrages qu'il a publiés, celui-ci contribue à sa

*. A. Tremblay, *Droit constitutionnel. Principes*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2000.

**., Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

réputation d'excellent juriste. Sa pensée est claire, concise et très juste. En ce sens, on ne peut que louer la haute qualité juridique du volume.

Tout le texte de la première édition a été revu attentivement. L'auteur ne s'est pas contenté d'ajouter à l'occasion une référence à une décision récente, ou une note de bas de page supplémentaire. Tantôt un seul mot a été modifié dans une phrase, parce que l'auteur le trouvait plus juste. Tantôt c'est un paragraphe complet, parce que jugé nécessaire pour plus de précision. À l'occasion, le professeur Tremblay a inséré des sections additionnelles pour tenir compte de l'actualité juridique ou parce qu'il a jugé nécessaires ces développements. Ainsi, il a consacré quelques pages à la question de savoir si le Québec pourrait proclamer unilatéralement sa souveraineté (p. 58), ou sur les référendums (p. 135). Son plus long développement (une vingtaine de pages) concerne la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire. C'était un peu prévisible, vu l'importance de la longue décision de la Cour suprême du Canada sur cette question. Parfois, plus rarement, le texte a été raccourci. Ainsi, sur la question des accrocs à la doctrine fédéraliste dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, la nouvelle édition ne contient plus que 2 sous-sections, plutôt que quatre.

Le plan de l'ouvrage suit une présentation classique. On est surpris à prime abord de voir une introduction s'étaler sur plus de 80 pages. Mais sa lecture montre qu'elle aurait très bien pu s'intituler «Première partie», puisque l'auteur traite de toutes les notions de base avant d'aborder les grands principes du droit constitutionnel. L'introduction traite donc des sources du droit constitutionnel canadien, de la prérogative royale, des privilèges et immunités de la Couronne et des modifications constitutionnelles.

L'ouvrage se divise en deux parties seulement. La première s'intitule «Les principes généraux du droit public canadien» et couvre les notions de séparation des pouvoirs, la souveraineté du parlement, le principe de légalité, le principe fédératif et la suprématie de la constitution. La deuxième porte sur les compétences législatives. Elle traite de la structure générale des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de la qualification des lois et de l'état du partage en matière de relations de travail. Les droits fondamentaux de la personne sont présentés comme une limitation aux compétences législatives. Ce dernier chapitre couvre une quarantaine de pages et reste donc une introduction générale au sujet. Il porte essentiellement sur le champ d'application de la

Charte canadienne des droits et libertés (son article 32) et sur le fameux article 1.

En somme, il s'agit d'un excellent ouvrage, que tout bon juriste devrait avoir dans sa bibliothèque.